Harald Volkmar

Grundzüge des Sondernutzungsrechts

nach den geltenden Straßen- und Wegegesetzen des Bundes und der Länder

1966

Grundzüge des Sondernutzungsrechts

nach den geltenden Straßen- und Wegegesetzen des Bundes und der Länder

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
Harald Volkmar
aus Bad Warmbrunn/Schles.

1. Berichterstatter: Professor Dr. Wolff
2. Berichterstatter: Professor Dr. Uber
Dekan: Professor Dr. Brox

Tag der mündlichen Prüfung: 23. Juli 1966

UNIVERSITEITSBIBLIOTHEEK - LEIDEN -

M e i n e r M u t t e r

Inhaltsübersicht

		Seite
Schrifttumsverzeichnis		
Abkürzungen		
Einleitung:	AUFGABE, METHODE UND ANLAGE DER UNTERSUCHUNG	1
Erster Teil:	DAS SONDERNUTZUNGSRECHT IN DER ZEIT VOR DEM ERLAß DER GELTENDEN STRAßEN- UND WEGEGESETZE	8
I. Kapitel:	Die Rechtslage der öffentlichen Straßen und Wege nach den überkommenen Rechtsanschauungen	9
§ 1	Die Lehre vom modifizierten Privateigentum	10
§ 2	Die Lehre vom öffentlichen Eigentum	13
II.Kapitel:	Die Ausgestaltung des Sondernutzungsrechts vor dem Erlaß der geltenden Straßen- und Wegegesetze	16
§ 3	Die Sondernutzung als Institut mit gemischtrechtlichem Rechtscharakter	17
A)	Die Sondernutzung als gemischtrechtliches Rechtsinstitut mit Prävalenz des bürgerlichen Rechts	18
B)	Die Sondernutzung als gemischtrechtliches Rechtsinstitut mit Prävalenz des öffentlichen Rechts	20
§ 4	Die Sondernutzung als Institut mit ausschließlich öffentlich-rechtlichem Rechtscharakter	24
A)	Die Lehre Otto Mayers	24
B)	Die Lehre Richard Thomas	26
C)	Die Lehre von Theodor Maunz	26
D)	Lehren aus der Zeit nach 1933	28
§ 5	Die Sondernutzung als Institut mit ausschließlich privatrechtlichem Rechtscharakter	28
Zweiter Teil:	DIE REGELUNG DES SONDERNUTZUNGSRECHTS IN DEN NEUEN STRAßEN- UND WEGEGESETZEN	31
I. Kapitel:	Darstellung der gesetzlichen Neuregelung des Sondernutzungsrechts	31

Seite

§ 6 Überblick über die gesetzliche Neuregelung des Sondernutzungsrechts 31

§ 7 Die gesetzliche Neuregelung des Sondernutzungsrechts im einzelnen 32

II.Kapitel: Die bisherigen Stellungnahmen zur gesetzlichen Neuregelung des Sondernutzungsrechts 35

§ 8 Darstellung der bisherigen Stellungnahmen zur gesetzlichen Neuregelung des Sondernutzungsrechts 35

A) Die bisherigen Stellungnahmen zur gesetzlichen Grenzziehung zwischen bürgerlichem und öffentlichem Recht 36

I. Die Kritik an der ausschließlich öffentlich-rechtlichen Regelung der Sondernutzungen 36

a) Die Lehre von Zippelius 37

b) Die Lehre Salzwedels 38

II. Die Kritik an der ausschließlich bürgerlich-rechtlichen Regelung gewisser Benutzungsformen 40

a) Die Lehre Schacks 40

b) Die Lehre de Weldige-Cremers 42

c) Die Lehre Wolffs 43

d) Die Lehre Sterns 43

e) Die Auffassung von Maunz 44

III. Die Lehre Spanners 44

B) Die bisherigen Stellungnahmen zu einer (möglichen) Unterscheidung zwischen zwei verschiedenartigen Sondernutzungsbefugnissen 45

I. Die Kritik an den einschlägigen gesetzlichen Regelungen 46

II. Zustimmende Stellungnahmen zu den einschlägigen gesetzlichen Regelungen 46

Seite

§ 9 Bedenken gegen die bisherigen Stellungnahmen zur gesetzlichen Neuregelung des Sondernutzungsrechts 47

A) Allgemeine Kennzeichnung der bisherigen Stellungnahmen 48

B) Bedenken gegen die einzelnen Lehren 49

I. Bedenken gegen die Stellungnahmen zur gesetzlichen Grenzziehung zwischen bürgerlichem und öffentlichem Recht 49

a) Die Kritik an der ausschließlich öffentlich-rechtlichen Regelung der Sondernutzungen 49

b) Die Kritik an der ausschließlich bürgerlich-rechtlichen Regelung der übrigen nicht gemeingebräuchlichen Benutzungsformen 50

c) Die Lehre Spanners 52

II. Bedenken gegen die Stellungnahmen zur Abschaffung der Unterscheidung zwischen zwei verschiedenartigen Sondernutzungsbefugnissen 53

Dritter Teil: ANALYSE UND WÜRDIGUNG DES SONDERNUTZUNGSRECHTS NACH DEN NEUEN STRAßEN- UND WEGEGESETZEN 55

I. Kapitel: Die Grundlagen des neuen gesetzlichen Sondernutzungsrechts 55

§ 10 Begriff und Bedeutung der Sondernutzungen 56

A) Der Begriff der Sondernutzung 56

I. Das Begriffsmerkmal "über den Gemeingebrauch hinaus" 56

II. Das Begriffsmerkmal der Gemeingebrauchsbeeinträchtigung 57

a) Systematische Interpretation der einschlägigen Benutzungsbestimmungen 58

b) Philologische Interpretation der einschlägigen Benutzungsbestimmungen 59

Seite

B) Die Bedeutung der Sondernutzungen 60

I. Weitgehende Gleichheit mit dem überkommenen Rechtszustand 60

II. Verschiebungen gegenüber dem überkommenen Rechtszustand 61

a) Ausgrenzung der über den Gemeingebrauch hinausgehenden, ihn aber nicht beeinträchtigenden Benutzungsformen 61

b) Einbeziehung des sogen. gesteigerten Gemeingebrauchs 62

§ 11 Die allgemeinen dogmatischen Grundlagen des Sondernutzungsrechts 67

A) Die Rechtslage der öffentlichen Straßen und Wege 68

B) Die öffentliche Zweckbestimmung der öffentlichen Straßen und Wege 72

§ 12 Die Interessenlage im Sondernutzungsrecht 76

A) Die an einem Sondernutzungsrechtsverhältnis beteiligten Rechtssubjekte 77

B) Die Interessen der an einem Sondernutzungsrechtsverhältnis beteiligten Rechtssubjekte 79

I. Die Interessen des Sondernutzungsberechtigten 79

II. Die Interessen der an einem öffentlichen Weg beteiligten Rechtssubjekte 81

a) Die Interessen des öffentlichrechtlichen Sachherrn 81

b) Die Interessen des Trägers der Straßenbaulast 81

c) Die Interessen des Wegeeigentümers 82

C) Die Interessenkollisionen 82

§ 13 Der Rechtscharakter der Sondernutzungserlaubnisse 82

II.Kapitel: Die Systematik des neuen gesetzlichen Sondernutzungsrechts 87

		Seite
§ 14	Die Unterscheidung zwischen zwei verschiedenartigen Ausformungen der Sondernutzungsgenehmigung in den neuen Straßen- und Wegegesetzen	89
A)	Der Unterschied zwischen der Sondernutzungserlaubnis auf Widerruf und der Sondernutzungserlaubnis auf Zeit auf der Rechtsfolgeseite	91
AA)	Die durch die Sondernutzungserlaubnis auf Widerruf vermittelte Rechtsposition	92
BB)	Die durch eine Sondernutzungserlaubnis auf Zeit vermittelte Rechtsposition	94
	I. Die in der Wissenschaft vertretenen Auffassungen	94
	a) Darstellung	94
	b) Kritik	95
	II. Eigene Stellungnahme	96
	a) Der Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts	97
	b) Die eigene Auslegung	98
	1. Die Auslegung der einschlägigen Gesetzesbestimmungen	98
	2. Weitere Auslegungsregeln	99
	aa) Die vergleichende Auslegung	99
	bb) Die Vermutung für ein subjektives öffentliches Recht	101
	c) Würdigung der gesetzlichen Regelung	102
B)	Der Unterschied zwischen der Sondernutzungserlaubnis auf Widerruf und der Sondernutzungserlaubnis auf Zeit auf der Tatbestandsseite	104
AA)	Die Notwendigkeit einer tatbestandlichen Unterscheidung	104
BB)	Die Abgrenzungsversuche in der Wissenschaft	105
	I. Darstellung	105
	a) Die Lehre Marschalls und Groebes	105
	b) Die Lehre von Sieder-Zeitler	106
	c) Die Lehre Salzwedels	106

Seite

II. Kritik 106

a) Bedenken gegen die Lehre Marschalls und Groebes 106

b) Bedenken gegen die Lehre Salzwedels 107

c) Bedenken gegen die Lehre von Sieder-Zeitler 107

CC) Die Problemstellung 108

I. Die Erteilung der Sondernutzungserlaubnis auf Widerruf als Regel 108

II. Die spezifische Problemstellung bei der "Tatbestandsbildung" bezüglich der Sondernutzungserlaubnis auf Zeit 109

DD) Eigener Lösungsversuch 112

I. Gleiche Problemstellungen in anderen Bereichen der Rechtsordnung 112

a) Darstellung der Lehre Henkels 112

b) Bedeutung der Lehre Henkels für das hier untersuchte Problem 114

1. Der Nachweis gleicher Problemstellungen in anderen Bereichen der Rechtsordnung 114

2. Der Nachweis einheitlicher Problemlösungen in anderen Bereichen der Rechtsordnung mit Hilfe der Zumutbarkeitsformeln 115

II. Der "Tatbestand" der Sondernutzungserlaubnis auf Zeit 117

a) Das Merkmal der (Un-)Zumutbarkeit 117

b) Würdigung des Merkmals der (Un-)Zumutbarkeit 119

c) Bestätigung der vorgeschlagenen Lösung 119

1. durch die in der Wissenschaft bisher schon vertretenen Auffassungen 120

2. durch die entsprechende Regelung im Wasserrecht 120

d) Bestimmung des Zumutbarkeitsmaßstabes 122

		Seite
§ 15	Die gesetzliche Grenzziehung zwischen den auf die Straßenbenutzung bezogenen bürgerlich-rechtlichen Befugnissen des Straßeneigentümers und den öffentlich-rechtlichen Befugnissen des öffentlich-rechtlichen Sachherrn	123
A)	Methode der Untersuchung	124
B)	Die rechtstheoretisch richtige Grenzziehung zwischen den auf die Straßenbenutzung bezogenen bürgerlich-rechtlichen Befugnissen des Straßeneigentümers und den öffentlich-rechtlichen Befugnissen des öffentlich-rechtlichen Sachherrn	125
AA)	Erfordernis einer Differenzierung nach der Art der aus dem Eigentum fließenden Befugnisse und nach den Ausübungsformen des Eigentums in ihrem Verhältnis zur öffentlichen Zweckbestimmung der Straßen	126
BB)	Das rechtstheoretische System der verschiedenen Herrschaftsbefugnisse	127
C)	Analyse und Würdigung der gesetzlichen Grenzziehung zwischen den auf die Straßenbenutzung bezogenen bürgerlich-rechtlichen Befugnissen des Straßeneigentümers und den öffentlich-rechtlichen Befugnissen des öffentlich-rechtlichen Sachherrn	130
AA)	Die gesetzliche Regelung der Sondernutzungen	130
I.	Die dogmatische Inkonsequenz der ausschließlich öffentlich-rechtlichen Regelung der Sondernutzungen	131
II.	Die mutmaßlichen Gründe für die dogmatische Inkonsequenz der Sondernutzungsregelung	132
a)	Die bisherigen Erfahrungen mit gemischten Rechtsverhältnissen	132
b)	Praktikabilitätserwägungen	135
c)	Die Annäherung an die Lehre vom öffentlichen Eigentum	137
d)	Die Berücksichtigung der Eigentumsinteressen	139

Seite

BB) Die gesetzliche Regelung der dem bürgerlichen Recht zugewiesenen Benutzungsformen der öffentlichen Straßen 141

I. Die gesetzliche Regelung der über den Gemeingebrauch hinausgehenden, ihn aber nicht beeinträchtigenden Benutzungsformen 142

II. Die gesetzliche Regelung der den Gemeingebrauch nur kurzdauernd beeinträchtigenden Benutzungsformen für Zwecke der öffentlichen Versorgung 144

III. Die Zuständigkeit zur Entscheidung darüber, ob eine bestimmte Inanspruchnahme der Straßen den Gemeingebrauch nicht bzw. nur kurzdauernd beeinträchtigt 146

§ 16 Die Berücksichtigung der Interessen des Wegeunterhaltungspflichtigen in der gesetzlichen Neuregelung des Sondernutzungsrechts 148

III. Kapitel: Einzelfragen des neuen gesetzlichen Sondernutzungsrechts 150

§ 17 Die Voraussetzungen für die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis 151

A) Der Streitstand 151

B) Eigene Stellungnahme 152

I. Die Folgerungen aus dem Rechtscharakter der Sondernutzungserlaubnis 152

II. Die Gründe, die zur Versagung einer Sondernutzungserlaubnis führen können 153

a) Die einschlägigen Regeln des allgemeinen Verwaltungsrechts 154

b) Die Anwendung dieser Regeln im Wegerecht 154

§ 18 Die Nebenbestimmungen zu Sondernutzungserlaubnissen 155

A) Eingliederung der einschlägigen Gesetzesbestimmungen in die Dogmatik des allgemeinen Verwaltungsrechts 155

B) Der Ermessensspielraum bei der Festsetzung von Nebenbestimmungen 156

Seite

I. Die unterschiedlichen Formulierungen in den neuen Straßen- und Wegegesetzen 156

II. Die unterschiedliche Beurteilung der Rechtslage im wissenschaftlichen Schrifttum 157

III. Eigene Stellungnahme 157

a) Die Lehren des allgemeinen Verwaltungsrechts 158

1. Der Streitstand 158

2. Die Lehre Krügers 159

aa) Darstellung 159

bb) Eigene Stellungnahme 160

b) Die Auslegung derjenigen Gesetze, die den Ermessensspielraum für die Festsetzung von Nebenbestimmungen nicht umschreiben 162

c) Die Auslegung derjenigen Gesetze, die den Ermessensspielraum für die Festsetzung von Nebenbestimmungen näher umschreiben 162

§ 19 Die von dem Benutzer für die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis zu entrichtenden Gegenleistungen 164

A) Der Streitstand 164

B) Eigene Stellungnahme 165

AA) Das privatrechtliche Nutzungsentgelt 166

BB) Die Sondernutzungsgebühren 167

I. Der Ausgangspunkt der gesetzlichen Gebührenvorschriften 167

II. Der Rechtscharakter der "Sondernutzungsgebühren" 167

a) Der Streitstand 167

b) Eigene Stellungnahme 169

c) Praktische Folgerungen aus dem Rechtscharakter 172

1. Notwendigkeit des Erlasses von Gebührenordnungen 172

2. Die Geltung des Aequivalenzprinzips 172

CC) Die Verwaltungsgebühren 173

Schriftumsverzeichnis [1]

ALMSICK, Wilhelm Helmuth van:	Die Rechtsstellung des Privateigentümers von Sachen des Gemeingebrauchs, unter besonderer Berücksichtigung der Fälle des Sondergebrauchs an ihnen, jur. Diss. Münster 1928
BACHOF, Otto:	Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, Tübingen 1951 (zit.: Vornahmeklage)
-	Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates (Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 12 Berlin 1954) S.37-84 (zit.: Rechtsstaat)
-	Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht (Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 1955, München) S.287-307 (zit.: Reflexwirkungen)
BARTHOLOMEYCZIK, Horst:	Die Kunst der Gesetzesauslegung, Frankfurt 1951
BERTRAM, Alfred:	Die Natur des Erwerbsrechts der öffentlichen Körperschaft gegenüber dem beliehenen Unternehmen, VerwArch 38 (1933), 383-398
BOCHALLI, Alfred:	Die Fortbildung des Wegerechts durch die neuere Gesetzgebung und Rechtsprechung, DVBl 1959, 612-615
-	Besonderes Verwaltungsrecht, 2. Auflage, Köln, Berlin, Bonn; München 1963
BÖHMER, Gustav:	Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, Zweites Buch, erste Abteilung: Dogmengeschichtliche Grundlagen des bürgerlichen Rechts, Tübingen 1951 (zit.: Grundlagen II 1)

1) Soweit Schriften nur am Rande interessieren, werden sie jeweils in den Fußnoten ausführlich zitiert.

BÄUML, Karl Heinz:	Wegepolizei und neues Straßenrecht, DVBl 1962, 392-397
BÜHLER, Ottmar:	Altes und Neues über Begriff und Bedeutung der subjektiven öffentlichen Rechte (Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955) S. 269-286 (zit.: Rechte)
BURGHARTZ, Franz-Josef:	Wasserhaushaltsgesetz und Wassergesetz für das Land Nordrhein-Westfalen, Kommentar, München und Berlin 1962 (zit.: WHG)
CLASEN, Heinrich:	Das mit Zivil- und Verwaltungsrecht gemischte Rechtsverhältnis, DöV 1959, 281-289
DIDDEN, Rolf:	Konzessionsabgaben der Energie- und Wasserversorgungsunternehmen, München 1952 (zit.: Konzessionsabgaben)
EBERSBERG, Heinrich:	Der Entwurf des Wasserhaushaltsgesetzes in: Das Recht der Wasserwirtschaft, Veröffentlichungen des Instituts für das Recht der Wasserwirtschaft an der Universität Bonn, Heft 4 S. 7-27, München 1957
EISER-RIEDERER:	Energiewirtschaftsrecht, Kommentar, Stand: 1.November 1961, München und Berlin
ENGISCH, Karl:	Einführung in das juristische Denken, 2. Aufl. Stuttgart 1959 (zit.: Einführung)
ENNECCERUS, Ludwig und NIPPERDEY, Hans Carl:	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Erster Halbband, 15. Aufl. Tübingen 1959
FISCHERHOF, Hans:	Öffentliche Versorgung mit Wasser, Gas, Elektrizität und öffentliche Verwaltung, DöV 1957, 305 ff.
FLEINER, Fritz:	Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, Neudruck der achten neubearbeiteten Auflage bei J.C.B. Mohr, Tübingen 1928, Scienta Aalen 1960 (zit.: Institutionen)

FORSTHOFF, Ernst:	Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Erster Band: Allgemeiner Teil, 8. Aufl. München u. Berlin 1961 (zit.: VerwR I)
-	Die Enteignung öffentlicher Straßen bei der Kreuzung durch Gasfernleitungen, Unveröffentlichtes Rechtsgutachten für die Ruhrgas AG in Essen, Heidelberg 1960 (zit.: Enteignung)
FRIAUF, Karl Heinrich	Das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt,Rezension eines Urt. des OVG Lüneburg v. 25.9.1958 in VerwRspr. 12 Nr.6, JuS 1962, 422-427
FRIESENHAHN, Ernst	Die rechtsstaatlichen Grundlagen des Verwaltungsrechts, Recht, Staat, Wirtschaft, Stuttgart u. Köln 1950 S. 239-281 (zit.: Grundlagen)
FRITSCH, Georg und GOLZ, Gerhard:	Straßengesetz des Landes Nordrhein-Westfalen, Kommentar, Köln, Berlin, Bonn, München 1962
GANSCHEZIAN-FINCK:	Straßeneigentum und Gemeingebrauch,NJW 1957, 285 ff. (-289)
GÄSSLER, Willi:	Leitfaden zur Einführung in die Gesetzgebung zur Ordnung des Wasserhaushalts sowie zur Reinhaltung der Luft, Bd.1: Wasserhaushaltsgesetz,Wiesbaden 1958
GERMANN, O.A.:	Methodische Grundfragen (Problèmes de Méthode) Basel 1946
GERMERSHAUSEN, A.- SEYDEL,G.:	Wegerecht und Wegeverwaltung in Preußen, Erster Band, 4. Aufl. 1932.Unveränderter Nachdruck 1953
GIESEKE, Paul:	Die Ergänzung des Wasserhaushaltsgesetzes durch Ländergesetze in: Das Recht der Wasserwirtschaft, Veröffentlichungen des Instituts für das Recht der Wasserwirtschaft an der Universität Bonn, Heft 4 S. 29-51, München 1957 (zit.: Ergänzung des Wasserhaushaltsgesetzes)

GIESEKE, Paul - WIEDEMANN, Werner	Wasserhaushaltsgesetz, Kommentar, München und Berlin 1963
GROEBE, Klaus:	Bayern kodifiziert sein Wegerecht, DöV 58, 833-838
-	Das erste Landesstraßengesetz - Bayern paßt sein Wegerecht dem FStrG an, DVBl 59, 48-54
-	Öffentliches Sachenrecht im Bayr. Straßen- und Wegegesetz, Bay VBl 1959, 181-187 (zit.: Öffentliches Sachenrecht)
HAAS, Dieter:	Die öffentlichen Sachen, DVBl 1962, 653-658
HATSCHEK-KURTZIG:	Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts, 7. u. 8. Aufl. Leipzig 1931
HECK, Philipp:	Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1932
-	Interessenjurisprudenz , Gastvorlesung in Frankfurt am Main am 15.12.1932 in: Recht und Staat und Geschichte der Gegenwart, Heft 97, Tübingen 1933
HENKE-MÜLLER-RUMPF:	Rechtsgrundlagen der öffentlichen Elektrizitätswirtschaft in Deutschland, Berlin 1930
HANS, H.:	Öffentliches Recht II, Verwaltungsrecht und Verwaltungsverfahren, 24.- 27. Aufl. Stuttgart, Düsseldorf 1960
HENKEL, Heinrich:	Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip in: Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag, München und Berlin 1954 S. 249-309
+) -	
HERRNRITT, Rudolf Hermann:	Grundlehren des Verwaltungsrechts, Tübingen 1921 (zit.: Grundlehren)
+)	Recht und Individualität, Berlin 1958

JAHN, Friedrich-Adolf:	Gemeingebrauch und Sondernutzung nach den neuen Straßen- und Wegegesetzen, NJW 1961, 2196-2197
IPSEN, Hans:	Widerruf gültiger Verwaltungsakte, Hamburg 1932
JELLINEK, Walter:	Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1931, Unveränderter Neudruck Offenburg 1948
KLEIN, Friedrich:	Tragweite der Generalklausel in Art. 19 Abs.4 des Bonner Grundgesetzes, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 8 Berlin 1950 S. 67-125 (zit.: Generalklausel)
KODAL, Kurt:	Der "gesteigerte Gemeingebrauch" in den neuen Straßengesetzen, DöV 1960, 444-456
-	Straßenrecht, 2. Aufl. München und Berlin 1964
KOLB, Fritz:	Das Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushaltes, Kommentar, Köln 1958
KORMANN, Karl:	System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, Berlin 1910 (zit.: System)
-	Grundzüge des sächsischen Wegerechts, Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung, 43. Bd. S.1-111, (zit.: Grundzüge)
KÖTTGEN, Arnold:	Gemeindliche Daseinsvorsorge und gewerbliche Unternehmerinitiative, Göttingen 1961
KRAUSS, Ruprecht v.:	Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Abhandlungen aus dem Seminar für Öffentliches Recht der Universität Hamburg, Heft 44, Hamburg 1955
KRÜGER, Herbert:	Die Auflage als Instrument der Wirtschaftsverwaltung, DVBl 1955, 518-524
-	Grundfragen einer rechtsstaatlichen Wassergesetzgebung, Rechtsgutachten, Heft 3 der Schriftenreihe der Arbeitsgemeinschaft zur Förderung der Industrie-Wasserwirtschaft im Bundesverband der Deutschen Industrie

KRÜGER, Herbert:	Rechtsstaatliche Gesetzgebungstechnik, DöV 1956, 550-555 (zit.: Gesetzgebungstechnik)
LANDMANN-GIESS-PROKSCH:	Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. Düsseldorf 1964 (zit.: VerwR)
LARENZ, Karl:	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1960
LASSAR, Gerhard:	Grundbegriffe des preußischen Wegerechts, Berlin 1919
LERCHE, Peter:	Zum Rechtsschutz im Recht der öffentlichen Sachen, DVBl 1955, 283-287
LIST, Friedrich:	Die Straße im Verwaltungsrecht, JW 1938, 555-557
-	Verwaltungsrecht technischer Betriebe, Berlin 1937, (zit.: Verwaltungsrecht)
MANG, Johann - MAUNZ, Theodor - MAYER, Franz - OBERMAYER, Klaus:	Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, München 1962 (zit.: Staats- und Verwaltungsrecht)
MARSCHALL, Ernst A.:	Bundesfernstraßengesetz, 2. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1963
MAUNZ, Theodor:	Hauptprobleme des öffentlichen Sachenrechts, München, Berlin u. Leipzig 1933 (zit.: Hauptprobleme)
-	Grundfragen des Energiewirtschaftsrechts, VerwArch 50 (1959), 315 ff. (zit.: Grundfragen)
-	Das Recht der öffentlichen Sachen u. Anstalten in: Die Verwaltung, hrsg. v. Giese, Heft 11, Braunschweig 1957 (zit.: Öffentliche Sachen)
MAUNZ, Theodor - DÜRIG, Günther:	Grundgesetz, Kommentar, Lieferung 1 - 6, München u. Berlin 1963
MAYER, Franz:	Der Gemeingebrauch, JuS 1963, 205-213
MAYER, Otto:	Deutsches Verwaltungsrecht, Zweiter Band, 3. Aufl. München und Leipzig 1924

MERK, Wilhelm:	Deutsches Verwaltungsrecht, Erster Band, Berlin 1962
MÜLLER, Hans:	Bedarf der gegenwärtige Rechtszustand der Benutzung öffentlicher Straßen durch Energieversorgungsleitungen einer Änderung? Deutsches Recht 1938, 289-290
NAWIASKI, Hans:	Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, 2. Aufl. 1948, Einsiedeln, Zürich, Köln
NEBINGER, Robert:	Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. Stuttgart 1949 (zit.: VerwR)
NEDDEN, Gerhard:	Zur Wandlung des Begriffs der Wegepolizei, DöV 1959, 844-848
-	Der Handel auf öffentlichen Straßen, NJW 1956, 81-84
PETERS, Hans:	Lehrbuch der Verwaltung, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1949
RIEDERER-SIEDER:	Bayerisches Wassergesetz, Kommentar, München 1957
SALZWEDEL, Jürgen:	Gemeingebrauch und Gemeinverträglichkeit in Zusammenhang mit der Kostenpflicht für Haltestellenbuchten, Der Personenverkehr 1960, 85-90
-	Gemeingebrauch im Wegerecht und Wasserrecht, Zeitschrift für Wasserrecht 1962 S. 73-93 (zit.: Gemeingebrauch)
-	Gedanken zur Fortentwicklung des Rechts der öffentlichen Sachen, DöV 1963, 241-251 (zit.: Öffentliche Sachen)
SCHACK, Friedrich:	Die verfassungskonforme Auslegung, JuS 1961, 269 ff.
-	Das rechtliche Wesen der wegerechtlichen Sondernutzung nach altem und neuem Recht, VerwArch 54 (1963), 43-68
SCHEUNER, Ulrich:	Der Gemeingebrauch an Straßen, Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht 1937, 484-488

SCHMIDT, Georg: Zu den "Leitsätzen für ein deutsches Wegerecht", Deutsche Verwaltung 1937, 213-216

SIEDER, Frank: Öffentliche Sachen und Verwaltungsgerichtsbarkeit (Einige alte und neue Probleme des Rechts der öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch) in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Jubiläumsschrift zum hundertjährigen Bestehen der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit und zum zehnjährigen Bestehen des Bundesverwaltungsgerichts, Karlsruhe 1963, S. 91-110

SIEDER, Frank und ZEITLER, Herbert: Bayerisches Straßen- und Wegegesetz, Kommentar, München 1960

SIEVERS, Rudolf: Die Problematik der Landesgesetzgebung zum Wasserrecht, DVBl 1962, 313-322

SOMMER, W.: Sind Konzessionsabgaben der Straßenverkehrsunternehmen noch preisgebunden? DVBl 1951, 227-228

SPANNER, Hans: Grenzen zwischen öffentlichem und bürgerlichem Recht im Wegerecht, Forschungsgesellschaft für das Straßenwesen e.V., Schriftenreihe der Arbeitsgruppe "Straßenverwaltung", Heft 2 (zit.: Grenzen)

STAMMLER, Rudolf: Das Recht des Gebrauches öffentlicher Straßen, Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd.70 S.129-151 (zit.: Gebrauch)

STERN, Klaus: Zur Problematik des energiewirtschaftlichen Konzessionsvertrages, AöR 84 (1959),137 ff. (zit.: Konzessionsvertrag)

- Die Öffentliche Sache in VVDStRL Heft 21 S.183-228

STRICKSTROCK, Wilhelm: Zum "Begünstigenden" Verwaltungsakt in: Staat und Bürger, Festschrift für Willibalt Apelt zum 80. Geburtstag,S. 231-242 (zit.: Begünstigender Verwaltungsakt)

THOMA, Richard:	Der Polizeibefehl im Badischen Recht, Tübingen 1906 (zit.: Polizeibefehl)
-	Die Gasröhrenkonzession und die Rechtslage des Röhrennetzes nach Ablauf der Konzessionsdauer, AöR 38 (1918), 307-372 (zit.: Gasröhrenkonzession)
TODT, Fritz:	Vom Zweck der Straße, Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht 1937, 622-624
TUREGG, Egon v.:	Erlaubnis zum Aufstellen von Straßenhändlerbuden, NJW 1951, 591
-	Anmerkung zu einem Urteil des LG Passau v. 22.11.1951 = NJW 1952, 470 und einem Urteil des OVG Lüneburg v. 17.4.1951 = NJW 1952, 480 in NJW 1952, 480
TUREGG, Egon v. und KRAUS, Erwin:	Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 4. Aufl. Berlin 1962 (zit.:VerwR)
WEBER, Werner:	Die Öffentliche Sache in VVDStRL, Heft 21 S. 145-182
WEBER, Wilhelm:	Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als rechtliche Maßstäbe in Juristen-Jahrbuch, herausgegeb. v. Gerhard Erdsiek, 3.Bd. 1962/63, S.212-240 (zit.: Zumutbarkeit)
WELDIGE-CREMER, Wessel de:	Die Benutzung öffentlicher Verkehrswege nach der neuen Wegegesetzgebung, insbesondere dem Entwurf eines Straßengesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen, Diss.jur. Münster 1960
WESTERMANN, Harry:	Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht, Münster 1955 (zit.: Streitentscheidung)
WICHER, Hans:	Die Entwicklung des Straßenrechts in Nordrhein-Westfalen, DVBl 1963, 417-424
WITZEL, Gustav:	Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts (Wasserhaushaltsgesetz), 2.Aufl. Berlin u. Frankfurt 1960 (zit.: WHG)

WOLFF, Hans J.:	Der Abwendungsanspruch aus öffentlichen Reflexrechten insbesondere im Fürsorgerecht, Verwaltung und Wirtschaft Heft 1, Münster, Berlin, Bad Godesberg 1950 S. 119-137 (zit.: Abwendungsanspruch)
-	Öffentliche Sachen in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften Band 8, Tübingen 1961, S. 36-40 (zit.: Öffentliche Sachen)
-	Verwaltungsrecht I, 5.Aufl. München und Berlin 1963
WÜSTHOFF, Alexander:	Handbuch des deutschen Wasserrechts, Loseblatt-Textsammlung und Kommentare, fortgeführt von Walter Kempf, Band 1 Gruppe C: Wasserrecht der Bundesrepublik Deutschland (zit.: WHG)
ZIMNIOK, Klaus:	Was bringt das neue Straßen- und Wegegesetz für die Gemeinden? BayBgm 1958, 217-223
-	Bayerisches Straßen- und Wegegesetz, 2. Aufl. München 1961
ZIPPELIUS, Reinhold:	Grundfragen des öffentlichen Sachenrechts und das Bayerische Straßen- und Wegegesetz, DöV 1958, 838 ff. (zit.: Grundfragen)

Abkürzungen

AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (seit 1886; bis 1910: Archiv für öffentliches Recht) (zitiert nach Band und Seite)
bad-württ StrG	Straßengesetz für Baden-Württemberg v. 26.3.1964 (SaBl 546)
Bay Bgm	Der Bayrische Bürgermeister (Zeitschrift seit 1947)
bay StrWG	Bayerisches Straßen- und Wegegesetz v. 11. Juli 1958 (SaBl 1227) mit AVO vom 22. August 1958 (GVBl. 238)
bay VerwGH	Bayerischer Verwaltungshof
bay Verw Bl	Bayerische Verwaltungsblätter (NF seit 1955)
bay WG	Bayerisches Wassergesetz v. 26.Juli 1962 (SaBl 1537)
BB	Der Betriebsberater (Zeitschrift seit 1946)
berlStrG	Berliner Straßengesetz v. 11.Juli 1957 (SaBl 1095)
berl WG	Berliner Wassergesetz v. 23.Februar 1960 (SaBl 648)
BFStrG	Bundesfernstraßengesetz v. 1953 idF v. 6. August 1961 (BGBl. III Nr.911 - 1; SaBl 1935)
BGBl I	Bundesgesetzblatt, seit 1949; Bundesgesetzbl. Teil I, seit 1951
breStrO	Straßenordnung für die Stadt Bremen v. 10. Mai 1960 (SaBl 735)
breWG	Bremisches Wassergesetz v. 13.März 1962 (SaBl 549)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
Diss.jur.	juristische Dissertation
DöV	Die öffentliche Verwaltung (Zeitschrift seit 1947)
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt (Fortsetzung des Reichsverwaltungsblatts seit 1950)
Fi.- Zeitschrift f. VerwR	Fischers Zeitschrift für Verwaltungsrecht (1880 - 1900 = Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung (zitiert nach Band und Seite)
GBl	Gesetzblatt
GG	Grundgesetz

GVBl	Gesetz- und Verordnungsblatt
HdSW	Handwörterbuch der Sozialwissenschaften. Hg.v. Erwin von Beckerath u.a., 13 Bde., Stuttgart, Tübingen und Göttingen seit 1956
hambWeG	Hamburgisches Wegegesetz v. 4.April 1961 (SaBl 799)
hamb WG	Hamburgisches Wassergesetz v.20. Juni 1960 (SaBl 1301)
hess StrG	Hessisches Straßengesetz v.9.Oktober 1962 (SaBl 1616)
hess WG	Hessisches Wassergesetz v. 6.Juli 1960 (SaBl 1829)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift seit 1961)
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht (seit 1947)
ndsStrG	Niedersächsisches Straßengesetz v.14.Dezember 1962 (SaBl 1963, 185)
ndsWG	Niedersächsisches Wassergesetz v. 7.Juli 1960 (SaBl 1736)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (seit 1947)
nwStrG	Straßengesetz des Landes Nordrhein-Westfalen v. 28.November 1961 (SaBl 2373)
nw WG	Wassergesetz für das Land Nordrhein-Westfalen v. 22.Mai 1962 (SaBl 736)
OVG	Oberverwaltungsgericht
prOVG	preußisches Oberverwaltungsgericht
rhldpf StrG	Landesstraßengesetz für Rheinland-Pfalz v. 15.Februar 1963 (SaBl 366)
rhldpf WG	Wassergesetz des Landes Rheinland-Pfalz v. 1. August 1960 (SaBl 1885)
saarlStrG	(saarländisches) Gesetz Nr.86 über die Straßen und Wege v. 2.Mai 1949 (GBl 453)
saarlWG	Saarländisches Wassergesetz v.28.Juni 1960 (SaBl 1785)
SaBl	Sammelblatt für Rechtsvorschriften des Bundes und der Länder (seit 1950)
schlswholst StrWG	Straßen- und Wegegesetz des Landes Schleswig-Holstein v. 22.Juni 1962 (SaBl 985)
schlswholstWG	Wassergesetz des Landes Schleswig-Holstein v. 25. Februar 1960 (SaBl 676)

VerwArch	Verwaltungsarchiv (1893 - 1942 und seit 1947) zitiert nach Band oder Jahr und Seite)
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (seit 1924) (zitiert nach Heft und Seite)
VwGO	(Bundes-) Verwaltungsgerichtsordnung v. 21. Januar 1960 (SaBl 173)
VerwRspr	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland. Hg.v. G. Ziegler (seit 1949) (zitiert nach Band und Seite)
WHG	(Bundes-)Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts (Wasserhaushaltsgesetz) v. 27. Juli 1957 (SaBl 491)
wüEVRO	Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg. Entwurf eines Gesetzes mit Begründung, Stuttgart 1931
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht (zitiert nach Jahrgang und Seite)
ZfW	Zeitschrift für Wasserrecht (seit 1962)
ZPO	Zivilprozeßordnung v. 1877 i.d.F. v. 12. September 1950

Einleitung: AUFGABE, METHODE UND ANLAGE DER UNTERSUCHUNG

1. Das Wegerecht ist um die Mitte unseres Jahrhunderts in eine neue Entwicklungsphase eingetreten: War es bis dahin in weiten Teilen nicht gesetzlich geregelt, sondern lediglich gewohnheitsrechtlich ausgebildet, so wurde zu Anfang des vorigen Jahrzehnts sowohl auf Bundes-wie auch auf Länderebene damit begonnen, es in gleichlaufenden Gesetzgebungswerken zusammenfassend zu kodifizieren. Ausgelöst wurde dieser Prozeß durch Art. 90 des Grundgesetzes, der bestimmt, daß der Bund Eigentümer der bisherigen Reichsautobahnen und Reichsstraßen ist: Nachdem nämlich auf Grund dieser Vorschrift am 3. März 1951 das "Gesetz über die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Bundesautobahnen und sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs"[1] ergangen war, erschien es notwendig, auch noch die übrigen Rechtsverhältnisse an den Bundesfernstraßen und die mit ihnen zusammenhängenden Aufgaben einheitlich zu regeln. In richtiger Erkenntnis dessen erließ deshalb der Bund am 6. August 1953 das Bundesfernstraßengesetz[2], das erstmalig eine zusammenfassende Normierung grundlegender wegerechtlicher Rechtsinstitute enthielt und aus diesem Grunde als die erste größere gesetzliche Regelung des materiellen Wegerechts in unserer Zeit anzusehen ist. Hierdurch wurde nun das Wegerecht erneut in den Brennpunkt des Interesses gerückt. Es ist deshalb nicht verwunderlich, daß schon kurze Zeit darauf auch die Länder die Initiative ergriffen und durch eine aus Straßenrechtsexperten der Länder Baden-Württemberg, Bayern, Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen zusammengesetzte Sachverständigenkommission einen bundeseinheitlichen Musterentwurf für ein Landesstraßengesetz (im folgenden kurz Musterentwurf genannt) ausarbeiten ließen, der sich in der Behandlung aller grundsätzlichen Fragen eng an die Bestimmungen des Bundesfernstraßengesetzes anlehnte und allen in der Folgezeit zu erlassen-

1) BGBl I S.157.
2) BGBl III Nr. 911 - 1.

den Landesstraßengesetzen zugrundegelegt werden sollte. Auf diese Weise wollte man nicht nur die zuständigen Landesministerien bei der Aufstellung ihrer eigenen Gesetzentwürfe unterstützen, sondern es sollte auch eine möglichst weitgehende Vereinheitlichung des gesamten Straßen- und Wegerechts in der Bundesrepublik erreicht werden.

Inzwischen sind nun auch diese gesetzgeberischen Arbeiten abgeschlossen und in sämtlichen Bundesländern und in Berlin eigene Straßen- und Wegegesetze in Kraft getreten.

Unterzieht man sich nunmehr der Mühe, das so entstandene Wegerecht in seiner Gesamtheit zu überblicken, so fällt dabei zweierlei als bemerkenswert auf: Einmal zeigt sich nämlich, daß fast alle Landesgesetzgeber bei der Regelung der meisten Rechtsfragen im wesentlichen dem Musterentwurf gefolgt sind[1], so daß das künftig in der Bundesrepublik geltende Recht der öffentlichen Straßen und Wege in der Tat ein im großen und ganzen einheitliches Bild bietet, obwohl es in so zahlreichen Gesetzen normiert ist; dies ermöglicht es denn auch, es zum Gegenstand einer einheitlichen Analyse und Würdigung zu machen. Zum anderen tritt in Erscheinung, daß in den neuen Straßen- und Wegegesetzen keineswegs nur schon bekannte, von Wissenschaft und Rechtsprechung in den zurückliegenden Jahrzehnten herausgearbeitete Lehren formuliert worden sind: Zwar hat sich der Gesetzgeber zum Teil auch solche, bereits von den überkommenen Rechtsanschauungen zum festen Bestand gesicherter Erkenntnis gezählte Theorien zu eigen gemacht; daneben hat er aber in mancherlei Hinsicht auch neue und eigenständige Wege bei der Entscheidung einzelner Interessenkonflikte eingeschla-

1) Dies gilt allerdings kaum für das hambWG v. 4.April 1961, das durch die Einführung des öffentlichen Eigentums schon in der dogmatischen Grundkonzeption wesentlich anders angelegt ist. A.A. Salzwedel (Öffentliche Sachen, DöV 1963, 243), nach dem sich die Erneuerung dieser Konstruktion "am Rande des juristisch Bedeutungslosen bewegt". Vgl. zum hambWG ferner auch Floerke, Neuordnung des Wegerechts in der Freien und Hansestadt Hamburg in MDR 1961, 993 - 995 und Schack, Bemerkenswertes aus dem hamburgischen Wegegesetz in DVBl 1961, 897 - 902.

gen. - Diese letztere Feststellung gilt in hohem Maße für das hier besonders interessierende Sondernutzungsrecht. Es ist im Rahmen dieser Einleitung noch nicht der Ort, um die Gründe aufzuzeigen, die den Gesetzgeber dazu veranlaßt haben mögen, gerade auf diesem Gebiet nach neuen Lösungen zu suchen. Immerhin kann aber bereits so viel gesagt werden, daß in dieser Hinsicht in den neuen Straßen- und Wegegesetzen eine Regelung entstanden ist, die sich von dem diesbezüglich früher geltenden Gewohnheitsrecht nicht unerheblich unterscheidet und die sich mindestens in ihrer Struktur dem Verständnis nur dann vollständig erschließt, wenn sie auf dem Hintergrund der dogmatischen Grundentscheidungen des modernen Wegegesetzgebers gesehen wird.

Dies wird allerdings in den meisten bislang im wissenschaftlichen Schrifttum erschienenen Stellungnahmen zur gesetzlichen Neuregelung des Sondernutzungsrechts nicht scharf genug erkannt. Die Folge davon ist, daß bei der Deutung der diese Neuregelung tragenden Vorschriften bereits eine weitgehende Unsicherheit um sich gegriffen hat, die nicht nur einer (mindestens in den wesentlichen Punkten) einheitlichen Beurteilung des Gesetzesrechts entgegen steht, sondern die sogar dazu geführt hat, daß bisher - und zwar jeweils unter Berufung auf die neuen Straßen- und Wegegesetze - schon mehrere verschiedenartige, ja sich gegenseitig vollends ausschließende Systeme der über den Gemeingebrauch hinaus gehenden Benutzungsformen öffentlicher Straßen und Wege aufgestellt worden sind. Eine solche Entwicklung gibt Anlaß zu ernster Besorgnis, nicht nur, weil sie die Rechtssicherheit in diesem Bereich erheblich gefährdet oder weil sie geeignet ist, die dogmatischen Zusammenhänge im Recht der Sondernutzungen noch mehr zu verwischen und damit die Lösung der der Wissenschaft namentlich durch die neue Wege- und Wassergesetzgebung gestellte Aufgabe: eine für das gesamte Recht der öffentlichen Sachen geltende Systematik herauszuarbeiten, in ständig wachsendem Maße zu erschweren, sondern weil sie vor allen Dingen keinerlei Gewähr dafür bietet, daß die gesetzlichen Interessenbewertungen bei der

praktischen Anwendung der neuen Straßen- und Wegegesetze auch tatsächlich als maßgeblich beachtet werden.

2. In Anbetracht dessen soll im folgenden erneut der Versuch unternommen werden, die in den Straßen- und Wegegesetzen enthaltene Neuregelung des Sondernutzungsrechts einer Analyse und Würdigung zu unterziehen. Hierbei darf sich die Aufmerksamkeit allerdings nicht nur auf die die Sondernutzungen unmittelbar betreffenden Vorschriften konzentrieren: wie die soeben mitgeteilen Erfahrungen lehren, würde die Untersuchung unter solchen Umständen nämlich die Erkenntnisse kaum wesentlich zu mehren vermögen. Vielmehr kann eine Lösung der durch die neue Gesetzgebung aufgeworfenen Fragen nur dann mit Aussicht auf Erfolg in Angriff genommen werden, wenn man sich zuvor vergegenwärtigt, daß das Recht der Sondernutzungen einen festen Platz im System des öffentlichen Sachenrechts und damit auch des modernen Verwaltungsrechts schlechthin einnimmt und daß demgemäß die im Sondernutzungsrecht auftretende Problematik von dort her beurteilt werden muß[1]. Hier liegt der Schlüssel für das richtige Verständnis der gesetzlichen Regelungen und sohin auch für die zutreffende Erfassung der gesetzlichen Interessenbewertungen. Mit Rücksicht darauf ist es deshalb erforderlich, im folgenden zunächst einmal die für das Wege- (öffentliche Sachen-)Recht in seiner Gesamtheit bedeutsamen dogmatischen Grundentscheidungen des modernen Gesetzgebers zu ermitteln. Von hier aus wird sich sodann die Möglichkeit eröffnen, entweder wichtige Einzelbestimmungen dieser Regelung als Ausfluß solcher Grundentscheidungen zu erkennen oder vermeintliche bzw. wirkliche Lücken in der gesetzlichen Regelung - erforderlichenfalls unter Zuhilfenahme sonstiger allgemeiner Grundsätze des Verwaltungsrechts - im Sinne dieser Grundentscheidungen folgerichtig und damit auch im Sinne des Gesetzgebers auszufüllen. Auf diese Weise soll hernach

1) Ähnlich Salzwedel, Öffentliche Sachen, DÖV 1963, 242 und Werner Weber, Die Öffentliche Sache S.145 ff.

versucht werden, sowohl über die den Straßen- und Wegegesetzen zugrundeliegende Systematik des Sondernutzungsrechts wie auch über ihre Stellungnahme zu Einzelfragen aus diesem Bereich Aufschluß zu gewinnen.

Damit aber kann die der vorliegenden Untersuchung gestellte Aufgabe noch nicht als vollständig gelöst betrachtet werden. Ist es nämlich zutreffend - und diese Frage wurde soeben bereits praktisch bejaht -, daß es der Wissenschaft obliegt, das gesamte Recht der öffentlichen Sachen (im Gemeingebrauch) "von der gemeinsamen Mitte aus zu deuten"[1] und demgemäß ein für die ganze Materie einheitlich geltendes System zu entwickeln, so wäre die hier angestellte Analyse der wegerechtlichen Vorschriften nur sehr bedingt von Wert, wenn nicht der Nachweis erbracht würde, daß die dabei gefundenen Ergebnisse zugleich auch im Wasserrecht Geltung besitzen. Aus diesem Grunde sollen - im Rahmen des hier Möglichen - am Rande zugleich auch noch die jeweils entsprechenden Regelungen im Wasserrecht mit in die Betrachtung einbezogen werden[2]. Hierbei wird zu prüfen sein, inwieweit sich im Bereich des Sondernutzungsrechts auch nach dem Fortschreiten der neuen Wege- und Wassergesetzgebung noch Ansatzpunkte für eine "Gesamtschau" des öffentlichen Sachenrechts finden lassen.

Die vorstehend umrissene Aufgabenstellung der Untersuchung bedarf jedoch in dreifacher Richtung einer Einschränkung.

---

1) Salzwedel, Öffentliche Sachen, DöV 1963, 251.

2) Es liegt hier die Frage nahe, ob es nicht möglich und zweckmäßig sei, die Untersuchung von vorneherein mit auf das Wasserrecht zu erstrecken. Dies muß jedoch mit Entschiedenheit verneint werden. Obwohl nämlich die öffentlich-rechtliche Seite des Wasserrechts nach Erlaß des Wasserhaushaltsgesetzes an Übersichtlichkeit und Klarheit nicht unwesentlich gewonnen hat, ist doch die privatrechtliche Seite dieser Materie nach wie vor durch eine so erhebliche Rechtszersplitterung gekennzeichnet, daß eine ins einzelne gehende Analyse dieser Rechtslage den Rahmen der vorliegenden Untersuchung bei weitem überschreiten würde. S. auch Sievers DVBl 1962, 322.

Als erstes ist in diesem Zusammenhang hervorzuheben, daß hier vier von den insgesamt zwölf in der Bundesrepublik z.Zt. geltenden Straßen- und Wegegesetze nicht mit behandelt werden können: und zwar das Saarländische Gesetz über die Straßen und Wege v. 2.Mai 1949[1], das Berliner Straßengesetz v. 11.Juli 1957[2], die Straßenordnung für die Stadt Bremen v. 10.Mai 1960[3] und das Hamburgische Wegegesetz v. 4.April 1961[4]. Diese Gesetze weichen nämlich in der Behandlung des Sondernutzungsrechts zum Teil erheblich von den im Bundesfernstraßengesetz bzw. im Musterentwurf enthaltenen Regelungen ab[5]. Da ihre Berücksichtigung infolgedessen für die nachfolgenden Erörterungen die Gefahr der Zersplitterung mit sich bringen würde, sollen sie hier außer Betracht bleiben.

Nur um der Vollständigkeit willen sei alsdann darauf hingewiesen, daß hier weiterhin auch das Recht der Sondernutzungen an den "sonstigen öffentlichen Straßen" aus der Untersuchung ausgeklammert werden soll. Die Benutzung dieser Straßen über den Gemeingebrauch hinaus richtet sich nämlich kraft ausdrücklicher Regelung in den hier behandelten Straßen- und Wegegesetzen ausschließlich nach bürgerlichem Recht,[6] so daß insoweit spezifisch wegerechtliche Probleme nicht auftreten.

Endlich muß noch betont werden, daß es im Rahmen der vorliegenden Untersuchung nicht möglich ist, eine erschöpfende Darstellung aller in diesem Bereich anfallenden Fragen zu geben. Es soll deshalb hier nur versucht werden, die für das Verständnis der einschlägigen Gesetzesbestimmungen wesentlichen dogmatischen Zusammenhänge herauszuarbeiten und auf diese Weise die "Grundzüge des Sondernutzungs-

---

1) GBl S. 453.
2) SaBl S.1095.
3) SaBl S.735.
4) SaBl S.799.
5) Vgl. § 2 Abs.5 saarl.StrG, § 10 berl StrG, § 2 brem StrO und § 19 hambWG.
6) Vgl. Art.56 Abs.2 bay StrWG; § 51 Abs.2 nw StrG; § 23 Abs.2 schlswholst StrWG; § 40 Abs.2 hess StrG; § 55 Abs.2 nds StrG; § 46 Abs.2 rhldpf StrG.

rechts" aufzuzeigen. Hierbei werden allerdings die einzelnen gesetzlichen Regelungen so weitgehend in die Systematik des öffentlichen Sachenrechts bzw. des Verwaltungsrechts schlechthin eingefügt werden können, daß es danach ohne weiteres möglich sein dürfte, auch solche Probleme zu lösen, die hier aus Raumgründen nicht erörtert werden können.

3. Durch die im Vorhergehenden skizzierte Methode der Untersuchung ist zugleich auch deren Anlage weitgehend vorgegeben. Das dort Gesagte bedarf nur noch insofern der Ergänzung, als zunächst im ersten Teil die vor dem Erlaß der neuen Straßen- und Wegegesetze zum Sondernutzungsrecht vertretenen Lehren dargestellt und im zweiten Teil ein Überblick über die gesetzliche Neuregelung dieser Materie selbst und über die an ihr geübte Kritik gegeben werden soll. In dem die eigene Stellungnahme enthaltenden dritten Teil aber sollen als erstes die dogmatischen Grundlagen des gesetzlichen Sondernutzungsrechts herausgearbeitet werden. Im Anschluß daran wird versucht werden, Aufschluß über die den hier behandelten Straßen- und Wegegesetzen zugrunde liegende Systematik des Sondernutzungsrechts zu gewinnen. Abschließend sollen endlich noch einige besonders wichtige, für alle Sondernutzungsformen gleichermaßen geltende Einzelfragen erörtert werden.

Erster Teil: DAS SONDERNUTZUNGSRECHT IN DER ZEIT VOR DEM ERLASS DER NEUEN STRASSEN- UND WEGEGESETZE

Wie einleitend bereits hervorgehoben wurde, ist es Aufgabe dieser Studie, die in den behandelten Straßen- und Wegegesetzen enthaltene Neuregelung des Sondernutzungsrechts einer Analyse und Würdigung zu unterziehen. Gegenstand der Untersuchung ist also das Sondernutzungsrecht nicht in der Gestalt, die ihm in der Vergangenheit durch Wissenschaft und Rechtsprechung gegeben wurde, sondern in der Ausformung, die ihm durch den modernen Wegegesetzgeber zuteil geworden ist. Wiewohl sich nun - wie ebenfalls schon erwähnt wurde - dieses "neue" von dem "alten" Recht nicht unwesentlich unterscheidet, sind doch auch die insoweit einschlägigen überkommenen Lehren für die nachfolgenden Erörterungen keineswegs ohne jegliches Interesse: Ihre genaue Kenntnis erleichtert nämlich nicht nur das Verständnis für die hier behandelte Problematik, sondern ermöglicht zugleich auch die Feststellung, ob und gegebenenfalls welche der schon früher gewonnenen Erkenntnisse auch in die neuen Straßen- und Wegegesetze Eingang gefunden haben und deshalb bei deren Auslegung nutzbar gemacht werden können. Im Hinblick darauf erscheint es daher angezeigt, vor der eigentlichen Untersuchung des neuen Gesetzesrechts zunächst noch einmal einen kurzen Überblick über die vor dem Erlaß der neuen Straßen- und Wegegesetze zum Sondernutzungsrecht vertretenen Auffassungen zu vermitteln.

Hierbei ergeben sich jedoch gewisse Schwierigkeiten. Als Folge davon, daß früher die Regeln über die Benutzung der öffentlichen Straßen und Wege weniger kodifiziert, sondern vielmehr durch Wissenschaft und Rechtsprechung entwickelt worden waren, wurden nämlich auch hinsichtlich des Wesens und der Systematik der Sondernutzungsbefugnisse eine stattliche Anzahl verschiedener Theorien vertreten. Sie alle einzeln und mit gleicher Ausführlichkeit wiederzugeben, würde indessen über den Rahmen und den Zweck dieses gleichsam geschichtlichen Teiles der Untersu-

chung weit hinausgehen. Hier kann es deshalb nur darauf ankommen, das für die Diskussion um die Weiterentwicklung der Rechtsmaterie Wesentliche festzuhalten. Es erscheint daher zulässig und geboten, die verschiedenen Lehrmeinungen im folgenden unter systematischen Gesichtspunkten zusammenzufassen und nur in einer ihrer Bedeutung für die Fortbildung des Sondernutzungsrechts entsprechenden Ausführlichkeit darzustellen.

Eine solche Übersicht bliebe jedoch notwendig unvollkommen, wollte sie sich darauf beschränken, die Auffassungen über das Wesen und die Systematik der Sondernutzungsbefugnisse losgelöst von den Grundgedanken des öffentlichen Sachenrechts, d.h. von der rechtlichen Konstruktion der öffentlichen Sachen schlechthin, wiederzugeben. Denn die Antworten auf die beiden damit aufgeworfenen Fragen hängen zu einem erheblichen Teil davon ab, welche Rechtsstellung den öffentlichen Straßen im Rahmen der gesamten Rechtsordnung zuerkannt wird. Die Erfassung dieser dogmatischen Grundlagen des Wegerechts ist deshalb auch schon hier bei der Darstellung der überkommenen Rechtsanschauungen zum Sondernutzungsrecht unabdingbare Voraussetzung für das Verständnis und die Erklärung zahlreicher Einzelerscheinungen. Sie sollen deshalb im nachfolgenden ersten Kapitel vorab geklärt werden; erst danach kann alsdann in einem zweiten Kapitel auf die Lehren zur Ausgestaltung des Sondernutzungsrechts selbst eingegangen werden.

I. Kapitel: Die Rechtslage der öffentlichen Straßen und Wege nach den überkommenen Rechtsanschauungen

Die Frage nach der rechtlichen Konstruktion der öffentlichen Sachen und damit auch der öffentlichen Straßen und Wege ist einer logisch verbindlichen Entscheidung nicht zugänglich. Ihre Beantwortung hängt vielmehr von mancherlei Faktoren und Erwägungen theoretischer und praktischer Art ab. Demzufolge hat sich während der vergangenen Jahrzehnte in der Wissenschaft eine lebhafte Diskussion darüber ent-

sponnen, welches die beste Lösung dieses Problems sei. In ihrem Verlauf sind mehrere Theorien entwickelt worden, die die öffentlichen Sachen z.T. auf ganz verschiedenen Wegen juristisch zu erfassen und zu erklären suchen. Die Mehrzahl von ihnen vermochte freilich nur unter Teilaspekten zu befriedigen und musste daher nach kritischer Überprüfung der Ablehnung verfallen. Lediglich zwei dieser Konstruktionen konnten einen nachhaltigeren Einfluß auf die weitere Rechtsentwicklung in Deutschland ausüben, nämlich die Lehre vom modifizierten Privateigentum und die Lehre vom öffentlichen Eigentum. Nur sie sollen deshalb auch im folgenden des näheren dargestellt werden. Auf die übrigen in dieser Hinsicht noch in Betracht kommenden Theorien wird dagegen - ihrer theoretischen und praktischen Bedeutung entsprechend - nur in Zusammenhang mit den auf ihnen jeweils aufgebauten Lehren zum Sondernutzungsrecht selbst eingegangen werden.

§ 1 Die Lehre vom modifizierten Privateigentum[1)2)]

Die in Deutschland h.M.[3)] in Wissenschaft und Rechtsprechung hat die Frage nach der Rechtslage der öffentlichen Straßen und Wege seit jeher im Sinne der Lehre vom modifizierten Privateigentum beantwortet.

Nach dieser Theorie sind auch die öffentlichen Sachen grundsätzlich Gegenstand privatrechtlichen Eigentums. Inhaber dieses Eigentums ist im Regelfalle ein Träger öffentlicher Verwaltung; theoretisch steht jedoch nichts entgegen, daß es auch in den Händen einer Zivilperson[4)] liegt. Da aber die öffentlichen Sachen einem öffentlichen Zweck gewidmet sind, kann sich das Eigentum an ihnen nicht uneingeschränkt entfalten; andernfalls wäre die Verwirklichung der Zweckbestimmung zu sehr gefährdet. Zu deren Sicherung bedarf es vielmehr noch einer öffentlich-rechtlichen Sachherrschaft

1) Über die Benennung der im folgenden dargestellten Lehre besteht keine Einigkeit: Maunz (Grundfragen S.334 sowie Öffentliche Sachen S.8), Peters (Verwaltung S.208) und Wolff (VerwR I § 57 I a S.323) sprechen insoweit von

eines Verwaltungsträgers, die neben die privatrechtliche Sachherrschaft des Eigentümers tritt und die letztere so weit verdrängt, wie es die öffentliche Zweckbestimmung der Sache erfordert. Die öffentliche-rechtliche Sachherrschaft

---

Forts.zu Bl.10
der Lehre vom modifizierten Privateigentum; Hatschek-Kurtzig (Verwaltungsrecht S.475) u.a. bezeichnen diese Theorie als Lehre vom gemischten Rechtsverhältnis; Schack (Sondernutzung S.47) endlich schlägt vor, in diesem Zusammenhang von einer dualistischen Gestaltung des Wegerechtsverhältnisses zu reden.- Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung soll der zuerst genannte Terminus verwendet werden, da er den wesentlichen Inhalt der damit bezeichneten Lehre am kürzesten und prägnantesten wiedergibt.

2) Zum folgenden vgl. Eiser-Riederer, Energiewirtschaftsrecht S. I 269 f; Fleiner, Institutionen S.353 ff.; Forsthoff, VerwR I S. 329 ff.; ders., Enteignung S.16; Fischerhof, DöV 1957, 309; Ganschezian-Finck, NJW 1957, 285; Germershausen-Seydel, Wegerecht S.94 ff. und 99 ff.; Hatschek-Kurtzig, Verwaltungsrecht S.472 ff.; Jellinek, Verwaltungsrecht S.508; Lassar, Grundbegriffe S.13 f; Maunz, Grundfragen S.333 ff.; ders., Öffentliche Sachen S.8 ff.; Peters, Verwaltung S.208 ff.; Riederer-Sieder, Wassergesetz S.58 f und 68 ff.; Schack, Sondernutzung S.47; Stammler, Gebrauch S.133 ff.; Stern, Konzessionsvertrag S.158 ff.; Wolff, VerwRI§ 57 S.323 ff.; Zippelius, Grundfragen, DöV 1958, 838 ff.; BGH, Urt.v. 30.4.1953 = BGHZ 9, 373 ff. (380 ff.) und Urt. v.14.7. 1953 = NJW 1953, 1705 ff.; BVerwG, Urt.v. 14.3.1957 = BVerwGE 4, 342 ff. (343) und der dort angezogene Beschluß vom 24.8.1956, BVwG I B 94.59.

3) Vgl. die in der vorhergehenden Anmerkung angeführten Nachweise.

4) Das ist eine Rechtsperson, insofern sie öffentlicher Gewalt unterworfen, also Trägerin öffentlich-rechtl. Pflichten und Rechte ist, ohne selbst Träger öffentlicher Gewalt zu sein; vgl. dazu Wolff, VerwR I § 32 III c2 S.155 sowie Abwendungsanspruch S. 121 Anm.11.

genießt somit im Falle der Konkurrenz mit den privatrechtlichen Eigentümerbefugnissen den absoluten Vorrang. Zugleich wird sie aber durch die öffentliche Zweckbestimmung der Sache auch begrenzt; das bedeutet, daß insoweit, wie die Zweckbindung nicht gestört werden kann, das bürgerliche Recht zur Wirksamkeit gelangt. Damit verbleibt trotz der starken Betonung des öffentlich-rechtlichen Elementes im Wegerechtsverhältnis gleichwohl noch Raum für die Entfaltung des privaten Eigentumsrechts. Zwar soll es dem Eigentümer verwehrt sein, irgendeine Änderung am körperlichen Bestand seiner Sache vorzunehmen, sogar dann, wenn dadurch deren öffentliche Zweckbestimmung nicht beeinträchtigt werden kann[1]. Aber die Sache ist infolge ihrer Widmung für einen öffentlichen Zweck keineswegs schlechthin extra commercium wie etwa die res publica im römischen Recht. So ist es z.B. durchaus denkbar und zulässig, daß das Eigentum an ihr mittels eines privatrechtlichen Rechtsgeschäfts übertragen wird[2]. Auch andere bürgerlich-rechtliche Verfügungen über die öffentliche Sache sind gültig, sofern sie deren öffentliche Zweckbestimmung nicht beeinträchtigen können. In Anbetracht dessen erscheint es daher nicht ganz richtig, wenn verschiedentlich gelehrt wird, daß der Eigentümer bei dieser Konstruktion der öffentlichen Sache nach deren Widmung nur noch ein nudum jus behalte[3]. Obzwar es nämlich zutrifft, daß der öffentlich-rechtlichen Sachherrschaft des öffentlich-rechtlichen Sachherrn insoweit ein weit größeres Gewicht zukommt als der privatrechtlichen Sachherrschaft des Privateigentümers, haben die vorstehenden Ausführungen doch gezeigt, daß dem Eigentümer gleich-

1) Diese Ansicht wird neuerdings von Zippelius (Grundfragen, DöV 1958, 840) mit beachtlichen Argumenten bekämpft.
2) Der gute Glaube an einen lastenfreien Eigentumserwerb wird hierbei allerdings nicht geschützt; vgl. dazu statt vieler Maunz, Öffentliche Sachen S.9; Peters, Verwaltung S. 209 und Forsthoff, VerwR I § 19 S. 331 Anm.1.
3) In diesem Sinne haben sich z.B. Riederer-Sieder, Wassergesetz Art.1 Rndn.34 S.58 und Thoma, Gasröhrenkonzession S. 318 geäußert.

wohl noch eine ganze Reihe von Befugnissen verbleibt, die es ihm erlauben, sein Eigentum trotz dieser weitreichenden öffentlichen Zweckbindung auch wirtschaftlich in gewissem Umfange noch auszunutzen.

§ 2 Die Lehre vom öffentlichen Eigentum

Bezüglich der Rechtslage der öffentlichen Sachen setzte O. Mayer der soeben dargestellten Lehre vom modifizierten Privateigentum die ursprünglich aus dem französischen Recht stammende Theorie vom öffentlichen Eigentum entgegen[1]. Es bedarf hier keiner ins einzelne gehenden Klärung der Frage, welche Überlegungen ihn zu dieser von der h.M. abweichenden Auffassung geführt haben; wahrscheinlich waren sie verschiedener Art[2]. Eine hervorragende Bedeutung dürfte aber jedenfalls dem auch heute besonders aktuellen Gedanken zugekommen sein, daß die öffentliche Sache "ja vor allem bei ihrem Zweck erhalten bleiben soll"[3], und daß es demgemäß ein "Auseinanderklaffen der eigentümerischen und der hoheitlichen Befugnisse"[4] zu verhindern gilt. Offensichtlich um dieses Ziel zu erreichen, stellte O. Mayer die These auf, daß die aus dem Eigentum fließende Sachherrschaft bei den öffentlichen Sachen[5] zur öffentlichen Verwaltung gehöre[6], d.h. also praktisch eine Funktion der öffentlichen Verwaltung sei.

1) Deutsches Verwaltungsrecht S. 39 ff.
2) Forsthoff, VerwR I § 19 S. 330 Anm.3 nennt in diesem Zusammenhang beispielsweise O. Mayers unüberwindliche Abneigung gegen die polizeistaatliche Fiskustheorie.
3) AaO S.41.
4) Forsthoff, VerwR I § 19 S. 331 in der Anmerkung.
5) O. Mayer teilt die Staatsgüter in Finanzvermögen und Verwaltungsvermögen ein. Das Finanzvermögen diene dem Staat mit seinen Vermögenswerten. Die zum Verwaltungsvermögen gehörigen Gegenstände dienten dem Staat dadurch, daß sie mit ihrer Körperlichkeit in der öffentlichen Verwaltung für deren Zwecke verwendet werden. Innerhalb des Verwaltungsvermögens wiederum bildeten die öffentlichen Sachen eine besondere Gruppe, die sich dadurch auszeichne, daß sie der unmittelbaren Erfüllung eines bestimmten öffentlichen Zweckes gewidmet sind. Nur sie bezeichnet O.Mayer als öffentliche Sachen im Rechtssinne. Vgl. hierzu a.a.O S. 50.
6) AaO S. 40.

Folgerichtig ergibt sich für ihn hieraus die Idee und damit zugleich auch die Forderung des öffentlichen Eigentums als eines selbständigen, ausschließlich öffentlich-rechtlichen Rechtsinstituts.

Ein öffentlich-rechtliches Rechtsinstitut ist nach Ansicht O. Mayers durch die Beteiligung der öffentlichen Gewalt und die Ungleichheit der beteiligten Rechtssubjekte gekennzeichnet[1]. Dies treffe folglich auch für das öffentliche Eigentum zu.

Der spezifisch öffentlich-rechtliche Charakter könne sich hier zwar nicht in der über die Sache ausgeübten Macht zeigen, da sie immer nur etwas Tatsächliches sei. Er finde aber Ausdruck in den Rechtsbeziehungen zu anderen Rechtssubjekten, die sich gleichfalls aus dem Eigentum ergäben und die die Aufgabe hätten, die eigentümerische Sachherrschaft zu regeln und zu schützen[2]: Während sich nämlich beim Privateigentum diese Rechtsbeziehungen auf der Basis der Gleichheit der beteiligten Rechtssubjekte vollzögen[3], wickelten sie sich beim öffentlichen Eigentum auf der Basis der Ungleichheit ab, weil sich hier "Private" einerseits und die öffentliche Gewalt andererseits gegenüberträten[4].

Voraussetzung des so aufgefaßten öffentlichen Eigentums sei einmal, daß die öffentliche Sache einem Träger öffentlicher Verwaltung zugeordnet sei[5], und zum anderen, daß sie für einen bestimmten öffentlichen Zweck unmittelbar dienstbar werde[6]. Liegt beides vor, dann verbindet O.Mayer Privateigentum[7] und öffentliche Verwaltung dergestalt miteinander, daß daraus das öffentliche Eigentum als ein völlig neues Rechtsinstitut entsteht, das mit dem entsprechenden

---

1) AaO S. 40.
2) AaO S. 40.
3) AaO S. 40.
4) AaO S. 41.
5) AaO S. 46 ff.
6) AaO S. 50 ff.
7) In den Fällen, in denen dem Verwaltungsträger nicht das Privateigentum, sondern nur eine Dienstbarkeit oder der Besitz zusteht, geschieht entsprechendes mit diesen Rechten.

Rechtsinstitut des Zivilrechts, dem Privateigentum, außer der Zuordnungsfunktion nichts gemeinsam hat. Auf diese Weise erreicht er das angestrebte Ziel, die öffentliche Sache der Herrschaft des bürgerlichen Rechts völlig zu entziehen und sie ausschließlich dem öffentlichen Recht zu unterstellen[1].

Das bedeutet indessen nach O. Mayer nicht, daß die öffentliche Sache dem Rechtsverkehr nicht mehr zugänglich ist[2]. So könne sie z.B. durchaus veräußert werden, nur vollzögen sich derartige Verfügungen im Wege der Verwaltungsverschiebung und nicht nach den entsprechenden Regeln des bürgerlichen Rechts[3]. Ebenso sei es auch zulässig, eine öffentliche Sache mit Rechten einzelner Privater zu belasten; auch hier schieden allerdings Hypotheken, Grundschulden u.ä. Institute des Zivilrechts wiederum von vorneherein aus[4]; an ihre Stelle träten die Gebrauchserlaubnis und die Nutzungsverleihung[5]. Für alle diese Verfügungen aber sind nach Ansicht O. Mayers nicht nur die Formen des öffentlichen Rechts maßgebend; vielmehr soll auch über das Ob ihrer Vornahme nach öffentlich-rechtlichen Grundsätzen entschieden werden[6], wobei auch hier wieder als dominierender Gesichtspunkt infrage kommt, ob die betreffenden Verfügungen mit der öffentlichen Zweckbindung der Sachen vereinbar sind oder nicht. Nur so glaubt O. Mayer die öffentlichen Sachen ihrer Zweckbestimmung wirklich erhalten zu können.

Es ist hier nicht der Ort, sich mit dieser Lehre O. Mayers kritisch auseinanderzusetzen. Vielmehr kommt es an dieser Stelle nur darauf an, das öffentliche Eigentum als mögliche rechtstheoretische Grundlage des öffentlichen Wegerechts darzustellen, damit die folgenden Erörterungen des Sondernutzungsrechts im einzelnen besser verständlich werden.

---

1) AaO S.63.
2) AaO S.61.
3) AaO S.61.
4) AaO S.64.
5) AaO S.63.
6) AaO S.41.

Es sei jedoch noch vermerkt, daß O. Mayer kurze Zeit, nachdem er seine Lehre zur Diskussion gestellt hatte, zwar einige Anhänger fand, daß sich seine Konzeption auf die Dauer aber - von wenigen Ausnahmen abgesehen - weder in der Gesetzgebung, noch in der Wissenschaft, noch in der Rechtsprechung durchzusetzen vermocht hat[1]. Gleichwohl werden die Gedanken O. Mayers gerade in jüngster Zeit wieder häufiger diskutiert, wobei in zunehmendem Maße sogar hervorgehoben wird, daß die ihnen zugrundeliegenden sachlichen Anliegen durchaus berechtigt erscheinen[2]. Es wird deshalb auch im Rahmen der vorliegenden Untersuchung zu prüfen sein, ob sie in den neuen Straßen- und Wegegesetzen irgendeinen Niederschlag gefunden haben.

II. Kapitel: Die Ausgestaltung des Sondernutzungsrechts vor dem Erlaß der neuen Straßen- und Wegegesetze

Eingangs wurde bereits kurz darauf hingewiesen, daß bis zum Erlaß der neuen Straßen- und Wegegesetze eine allgemein anerkannte Dogmatik des Sondernutzungsrechts nicht entwickelt werden konnte. Weitgehende Einigkeit bestand, soweit ersichtlich, seit O. Mayer lediglich darüber, daß zwischen zwei verschiedenen über den Gemeingebrauch hinausgehenden Benutzungsformen öffentlicher Straßen und Wege zu unterscheiden sei[3]. Die Meinungsverschiedenheiten begannen jedoch schon bei der Frage, wie diese beiden Sondernutzungs-

---

1) Vgl. hierzu die Nachweise bei Forsthoff, VerwR I § 19 S. 329 Anm. 3 und S. 331 Anm.3 sowie Wolff, VerwR I § 57 I b S.325.

2) Vgl. dazu etwa Zippelius, DöV 1958, 839; Clasen, DöV 1959, 285; Maunz, Grundfragen S. 33; Forsthoff, VerwR I § 19 S. 329 ff. Anm. 3 mit weiteren Nachweisen; Lerche, DVBl 1955, 285 und Haas, DVBl 1962, 656 ff. Einen hervorragenden Platz hat das Institut des öffentlichen Eigentums auch in den Beratungen der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer im Jahre 1962 eingenommen; s.dazu Stern, Die Öffentliche Sache S.188 ff. und die hieran anknüpfenden Diskussionsbeiträge in der Aussprache.

3) Vgl. hierzu für die ältere Zeit statt vieler: Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht S.89 sowie Maunz, Hauptprobleme S. 272 und für die neuere Zeit Wolff, VerwR I § 59 S. 341 ff. und Forsthoff, VerwR I § 19 S. 344 ff.

arten benannt werden sollten[1]. Vor allem aber hinsichtlich ihrer einzelnen Voraussetzungen wurden zahlreiche unterschiedliche Auffassungen vertreten. Dies wiederum war zu einem erheblichen Teil eine Folge davon, daß in der grundsätzlichen Frage nach dem Wesen der Sondernutzung keine Übereinstimmung erzielt worden war. Für eine Darstellung all dieser Theorien empfiehlt es sich deshalb, sie unter dem Gesichtspunkt zu gruppieren, welche Auffassung ihnen von dem Wesen der Sondernutzung zugrundeliegt, da hiervon weitgehend auch die Systematik der genannten Rechtsmaterie abhängt. Verfährt man in dieser Weise, so lassen sich im wesentlichen unterscheiden:

a) eine gemischtrechtliche Auffassung
b) eine öffentlich-rechtliche Auffassung und
c) eine privatrechtliche Auffassung.

§ 3 Die Sondernutzung als Institut mit gemischtrechtlichem Rechtscharakter

Wie oben[2] dargelegt wurde, wurde die Rechtslage der öffentlichen Sachen und damit auch der öffentlichen Straßen und Wege nach der früher ganz h.M. durch die Lehre vom modifizierten Privateigentum bestimmt. Diesem dogmatischen Ausgangspunkt entsprechend mußte nach der bislang weitaus überwiegenden Ansicht auch im Bereich des Sondernutzungsrechts die gleichzeitige Geltung von bürgerlichem und öffentlichem Recht anerkannt und demgemäß die Sondernutzung als ein Institut mit gemischtrechtlichem Rechtscharakter angesehen werden. Dabei bestand jedoch keine Einigkeit in der Frage, ob das Schwergewicht insoweit auf das bürgerliche oder auf das öffentliche Recht zu legen sei, ob also eine Sondernutzungsbefugnis in erster Linie aus dem Privateigentum

1) Während Fleiner, Institutionen S. 378 f und Herrnritt, Grundlehren S. 389 f von "gesteigertem Gemeingebrauch" und "Konzession" bzw. "Sondergebrauch" sprechen, finden sich bei Forsthoff, VerwR I § 19 S. 344 ff. und der wohl überwiegenden Meinung die Termini "Gebrauchserlaubnis" und "Nutzungsverleihung". Wolff, VerwR I (4. Aufl. 1961) § 59 S. 327 ff wiederum wählte die Bezeichnungen "schlichter Sondergebrauch" und "gesteigerter Sondergebrauch".
2) S. 10 ff.

am Straßengrund oder aus der öffentlich-rechtlichen Sachherrschaft des Wegeherrn herzuleiten sei. Demzufolge wurden in dieser Hinsicht zwei entgegengesetzte Auffassungen vertreten, deren eine im bürgerlichen Recht und deren andere im öffentlichen Recht das prävalierende Element im Sondernutzungsrechtsverhältnis erblickte.

A) Die Sondernutzung als gemischtrechtliches Rechtsinstitut mit Prävalenz des bürgerlichen Rechts

Soweit das bürgerliche Recht in dem eben umschriebenen Sinne zum Ausgangspunkt genommen wurde, sollte eine Sondernutzungsbefugnis durch ein - früher zumeist als Mietvertrag angesehenes[1] privatrechtliches Rechtsgeschäft zwischen dem Benutzer und dem Eigentümer des Straßengrundes eingeräumt werden. Hierdurch sollte das Rechtsverhältnis eigentlich begründet werden[2]. Demgegenüber sollte der behördlichen "Genehmigung"[3] insoweit nur zweitrangige Bedeutung zukommen: da sie nur die Funktion erfüllte, die ungestörte Aufrechterhaltung des Gemeingebrauchs zu gewährleisten, wurde sie nicht als konstitutiver Rechtsakt betrachtet, sondern lediglich als zur Ausübung der Sondernutzungsbefugnis erforderlich angesehen[4].

In dieser Weise charakterisiert wurde das Sondernutzungsrecht früher von einer Mindermeinung im wissenschaftli-

1) S. dazu die Nachweise bei Germershausen-Seydel, Wegerecht S.98 und Forsthoff, VerwR I § 19 S. 345 f.
2) Nach Kormann, System S.97 ergibt sich dies daraus, daß die Einräumung einer Sondernutzungsbefugnis eine Verfügung über das Wegegrundstück enthält.
3) So Maunz, Grundfragen S.337 und Kormann, System S.97.
4) So ausdrücklich Kormann, System S.97; aA.Didden, Konzessionsabgaben S.88, der die Zustimmung der Wegepolizeibehörde auch als rechtsbegründende Voraussetzung der Sondernutzungsbefugnis betrachtete, dessenungeachtet aber ebenfalls im privatrechtlichen Vertrag das prävalierende Element erblickte.

chen Schrifttum[1] und vor allen Dingen vom BGH[2] sowie zuvor schon vom RG. In den Urteilen des RG gelangt diese Auffassung zwar nicht durchweg mit gleicher Deutlichkeit zum Ausdruck. Bei unbefangener Lektüre einiger seiner Erkenntnisse kann demgemäß der Anschein entstehen, als habe das Gericht die Sondernutzung für ein rein privatrechtliches Rechtsinstitut gehalten. Dies gilt zwar nicht für diejenigen Entscheidungen, die Verträge über die Benutzung öffentlicher Straßen durch Eisenbahnbetriebe zum Gegenstand hatten, denn in diesen Fällen hat das RG ausdrücklich erklärt, daß die entsprechenden Rechtsverhältnisse sowohl privatrechtliche wie auch öffentlich-rechtliche Elemente enthielten[3]. Es trifft jedoch zu im Hinblick auf einige andere Urteile, in denen das RG bei Sondernutzungsrechtsverhältnissen ausschließlich deren privatrechtliche Seite behandelt hat, ohne auch nur mit einem Wort zu erwähnen, daß diese daneben auch noch eine öffentlich-rechtliche Seite aufweisen.[4] Gleichwohl

---

1) Kormann, System S.96 ff.; Didden, Konzessionsabgaben S.61, 90; Maunz, Grundfragen S. 337; auch die Ausführungen von Ganschezian-Finck, NJW 1957, 286 müssen wohl in diesem Sinne verstanden werden.

2) Vgl. das Urt.v. 22.10.1954 = BGHZ 15, 113 ff. (116), wo das Sondernutzungsrecht bei Anerkennung seines gemischtrechtlichen Charakters ausdrücklich aus dem Privateigentum abgeleitet wird; s. ferner auch Urt. v.18.11.1955 = BGHZ 19, 85 ff. (92) und Urt. v.25.6.1958 = BGHZ 28,34 ff. (37 f). S. zum ganzen auch v. Turegg-Kraus, VerwR S.190.

3) Vgl. Urt.v. 12.5.1908 = RGZ 68, 370 ff.; Urt.v. 11.11. 1916 = RGZ 88, 14 ff.; Urt.v. 12.3.1918 = RGZ92 310 ff. und Urt.v. 9.1.1923 = RGZ 106, 177 ff. Teilweise hat das RG in diesen Entscheidungen die fraglichen Rechtsverhältnisse sogar als "im wesentlichen öffentlich-rechtliche" angesehen. Dazu ist jedoch festzustellen, daß diese Erkenntnisse, in denen sich das Gericht von besonderen positiv-rechtlichen Überlegungen leiten ließ, in der Minderzahl sind und deshalb als Ausnahmen betrachtet werden dürfen, die an der grundsätzlichen im Text gekennzeichneten Stellungnahme des RG zum Sondernutzungsrecht nichts zu ändern vermögen. Vgl. dazu auch Maunz, Grundfragen S.335.

4) Vgl. Urt. v. 17.10.1919 = RGZ 97, 18 ff.; Urt.v. 19.6. 1923 = RGZ 108, 204 ff.; Urt. v. 9.11.1917 = RGZ 91, 170 ff.

kann aus diesen Erkenntnissen richtiger Ansicht nach nicht die Schlußfolgerung hergeleitet werden, daß das RG den gemischtrechtlichen Rechtscharakter des Sondernutzungsrechts nicht anerkannt habe[1]. Zutreffend weist nämlich Nedden[2] in diesem Zusammenhang darauf hin, daß das Gericht an den genannten Stellen lediglich die Auffassung vertreten habe, daß bei einer nicht mehr gemeingebräuchlichen Benutzung der öffentlichen Straßen und Wege das Privateigentum seine Geltung behalte und folglich auch ausgeübt werden könne, soweit dem die Widmung nicht entgegen stehe. Hiermit aber sei noch nichts darüber ausgesagt, daß sich derartige Benutzungsformen ausschließlich nach bürgerlichem Recht richteten. Vielmehr ist mit Schack[3] ergänzend anzunehmen, daß das RG in diesen Fällen einfach keinen Anlaß hatte bzw. sich für unzuständig hielt, auch die öffentlich-rechtliche Seite der fraglichen Rechtsverhältnisse zu erörtern. Diese Überlegungen erfahren im übrigen eine deutliche Bestätigung durch das Urt. v. 16.5.1931[4], in dem das RG ausdrücklich auf die neben dem privatrechtlichen Vertrag erforderliche polizeiliche Gestaltung hinweist, zugleich aber erklärt, daß diese nicht seiner Beurteilung unterliege. Nach allem erscheint es deshalb allein richtig, auch die vom RG zum Sondernutzungsrecht vertretene Auffassung systematisch an dieser Stelle einzuordnen.

B) Die Sondernutzung als gemischtrechtliches Rechtsinstitut mit Prävalenz des öffentlichen Rechts

Im Gegensatz zu der vorstehend skizzierten Betrachtungsweise lehrte die früher h.M. in der Wissenschaft[5] und in

1) In dieser Weise sind die Urteile des RG vornehmlich im energiewirtschaftsrechtlichen Schrifttum verschiedentlich gedeutet worden; vgl. dazu unten S.29 f.
2) NJW 1956, 82.
3) Sondernutzung S. 49 ff.
4) RGZ 132, 398 ff.
5) Almsick, Rechtsstellung S.79; Germershausen-Seydel, Wegerecht S.96 ff.; Hatschek-Kurtzig, Verwaltungsrecht S.476 f; Fleiner, Institutionen S.378 ff.; Jellinek, Verwaltungsrecht S.511 f; Peters, Verwaltung S.211 f; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht I S. 571; Sommer, DVBl 1951, 227; Forsthoff, VerwRI § 19 S.344 ff; Wolff, VerwR I (4.Aufl.

der verwaltungsgerichtlichen Judikatur[1], daß das Schwergewicht im Sondernutzungsrechtsverhältnis auf dem öffentlichen Recht liege und demgemäß die Sondernutzungsbefugnisse in erster Linie aus der öffentlich-rechtlichen Sachherrschaft des Wegeherrn herzuleiten seien.

Damit ergab sich für diese h.M. die Notwendigkeit, den Anwendungsbereich der beiden seit O.Mayer gläufigen Sondernutzungsformen genauer gegeneinander abzugrenzen. Die Frage, nach welchen Kriterien dies zu geschehen habe, wurde indessen nicht einheitlich beantwortet; vielmehr hatten sich auch insoweit zwei einander entgegengesetzte Auffassungen herausgebildet. Die eine von ihnen traf die Unterscheidung nach dem Gegenstand der Genehmigung[2]: Danach sollte es sich um schlichten Sondergebrauch (Gebrauchserlaubnis) handeln, wenn die öffentlichen Straßen in einer über den Gemeingebrauch hinausgehenden, aber nicht in deren Substanz eingreifenden Weise vorübergehend benutzt werden[3] und gesteigerter Sondergebrauch (Nutzungsverleihung) dann anzunehmen sei, wenn aus Anlaß der Benutzung in die Substanz der Straße eingegriffen werden muß oder eine dauernde Benutzung über den Gemeingebrauch hinausgeht[4]. Demgegenüber grenzte

---

Forts. zu Bl.20
1961) § 59 S. 327 ff.; Nedden, NJW 1956, 82; später auch Kormann, Grundzüge S.14. Abweichend wohl nur Stern, Konzessionsvertrag S. 168, der sowohl die Sondernutzungsbefugnis des öffentlich-rechtlichen Sachherrn wie auch die Zustimmung des Straßeneigentümers und des Wegeunterhaltungspflichtigen als konstitutive Elemente im Sondernutzungsrechtsverhältnis betrachtete und damit allen drei Akten eine gleichwertige Bedeutung beimaß.

1) Vgl. prOVG, Urt.v.19.11.1911 = prOVGE 59, 308 ff.; dasselbe, Urt.v.13.11.1911 = prOVGE 60, 360 ff.; dasselbe, Urt.v. 26.2.1896 = prOVGE 29, 442 ff.; BVerwG, Urt.v.14.3. 1952 = BVerwGE 4,342 ff. und den dort angezogenen Beschluß v. 24.8.1956 = BVerwG I B 94.56 (Nachweis bei Schack, Sondernutzung S.52); ferner auch RFinH, Urt.v.25.10.1935 = RFinHE 38, 301 ff.
2) Vgl. etwa Kormann, Grundzüge S.94 f; Fleiner, Institutionen S.379 f; Wolff, VerwR I (4.Aufl. 1961) § 59 S.327 ff.; wohl auch Peters, Verwaltung S. 211 f.
3) So die wohl präziseste Definition von Wolff a.a.O.S.329.
4) So ebenfalls die wohl präziseste Definition von Wolff a.a.O. S.329.

die andere Lehrmeinung[1] die beiden Sondernutzungsformen nach den dem Genehmigungsakt zukommenden Rechtswirkungen ab: Demzufolge sollte es sich im Falle einer vergönnungsweise gewährten Genehmigung um schlichten Sondergebrauch (Gebrauchserlaubnis) und bei Begründung eines subjektiven öffentlichen Rechts auf Benutzung um gesteigerten Sondergebrauch (Nutzungsverleihung) handeln.

Hinsichtlich des schlichten Sondergebrauchs (Gebrauchserlaubnis) bestand im übrigen Einigkeit darüber, daß er durch eine vom Wegeherrn nach pflichtgemäßem Ermessen zu erteilende präventive Gebrauchserlaubnis gewährt werde und jederzeit frei widerrufen werden könne[2]. Wiederum sehr streitig war es hingegen, ob für die Zulassung dieser Benutzungsform auch die Zustimmung des Eigentümers erforderlich sei. Die Verwaltungspraxis[3] und ein Teil des Schrifttums[4] bejahten diese Frage mit der Begründung, daß die öffentliche Zweckbestimmung der Straße und dementsprechend auch die Duldungspflicht des Eigentümers auf den Gemeingebrauch beschränkt sei und der Eigentümer demzufolge seine Rechte bei einer über den Gemeingebrauch hinausgehenden Benutzung der Verkehrswege wieder ausüben könne. Demgegenüber wurde in der Lehre überwiegend die Auffassung vertreten[5], daß auch der schlichte Sondergebrauch (Gebrauchserlaubnis) noch von der öffentlichen Zweckbestimmung der Straßen gedeckt werde und

---

1) Vgl. etwa Almsick, Rechtsstellung S.9; Hatschek-Kurtzig, Verwaltungsrecht S. 476; Jellinek, Verwaltungsrecht S. 511 f; Forsthoff, VerwR I § 19 S. 344; Nedden, NJW 1956,82

2) Vgl. hierzu die Nachweise auf S.20 in Anm.5.

3) Vgl. die Nachweise bei Kormann, Grundzüge S.91 und Forsthoff, VerwR I § 19 S. 345

4) Hatschek-Kurtzig, Verwaltungsrecht S.476; Germershausen-Seydel, Wegerecht S.97, die insoweit außerdem auch noch die Einwilligung des Wegeunterhaltungspflichtigen fordern.

5) Fleiner, Institutionen S.378 f; Jellinek, Verwaltungsrecht S.511; Peters, Verwaltung S. 211 f; Bertram, Verw. Arch 38, 390 ff.; Forsthoff, VerwR I § 19 S. 345 f; Wolff, VerwR I (4. Aufl. 1961) § 59 I c S.329; Nedden, NJW 1956, 82

demgemäß von dem Eigentümer geduldet werden müsse[1]. Diese Meinungsverschiedenheiten hatten überdies auch eine unterschiedliche Beurteilung der Frage nach den von dem Benutzer zu erbringenden Gegenleistungen zur Folge: Während es nämlich nach der zweitgenannten Ansicht nur zulässig sein sollte, eine Verwaltungs- und Benutzungsgebühr festzusetzen[2], durfte nach der erstgenannten Meinung daneben auch noch ein privatrechtliches Nutzungsentgelt erhoben werden[3].

Weitgehende Übereinstimmung bestand dagegen hinsichtlich nahezu aller den gesteigerten Sondergebrauch (Nutzungsverleihung) betreffenden Probleme. Danach sollte auch diese Nutzungsform vom öffentlich-rechtlichen Sachherrn nach pflichtgemäßem Ermessen, und zwar durch Verleihung eines Sondernutzungsrechts, zugelassen werden[4]. Es wurde angenommen, daß hierdurch ein volles subjektives öffentliches Recht auf die Benutzung begründet werde, das nur in einem förmlichen Verfahren unter erschwerten Voraussetzungen und gegen Zahlung einer Entschädigung wieder entzogen werden könne[5]. Weiterhin war anerkannt, daß der gesteigerte Sondergebrauch (Nutzungsverleihung) sowohl über die öffentliche Zweckbestimmung der Straßen hinausgehe wie u.U. auch zu einer Erhöhung der Unterhaltungskosten führen könne. Dementsprechend wurde deshalb bei der Zulassung dieser Gebrauchsart auch die Zustimmung des Wegeeigentümers und des Wegeunterhaltungspflich-

1) Insoweit wurden deshalb die Sondernutzungen von dieser Lehre sogar ausschließlich dem öffentlichen Recht unterstellt.
2) Vgl. Wolff, VerwR I (4.Aufl. 1961) § 59 I d S.329; ferner auch Forsthoff, VerwR I § 19 S. 346 Anm.2.
3) Vgl. die vorgenannten Nachweise aus der Rechtsprechung und Ganschezian-Finck, NJW 1957,287.
4) Vgl. beispielsweise Wolff, VerwR I (4. Aufl. 1961) § 59 II b S.329 f und Hatschek-Kurtzig, Verwaltungsrecht S.477.
5) Vgl. Fleiner, Institutionen S. 381; Hatschek-Kurtzig, Verwaltungsrecht S. 477; Jellinek, Verwaltungsrecht S. 511; Forsthoff, VerwR I § 19 S. 346; Wolff, VerwR I (4. Aufl. 1961) § 59 II b S. 330.

tigen für erforderlich gehalten[1]. Mit Rücksicht darauf war es schließlich auch weitgehend unstreitig, daß es in diesen Fällen zulässig sei, neben einer Verwaltungs- und einer Benutzungsgebühr auch ein privatrechtliches Nutzungsentgelt zu erheben[2].

§ 4 Die Sondernutzung als Institut mit ausschließlich öffentlich-rechtlichem Rechtscharakter

Im Gegensatz zu den soeben dargestellten Lehren ist in der Wissenschaft mehrfach der Versuch unternommen worden, die Sondernutzung vom Privateigentum und damit auch von der Zustimmung des Wegeeigentümers völlig zu lösen und sie sohin als Institut mit ausschließlich öffentlich-rechtlichem Rechtscharakter zu konstruieren. Anlaß hierzu gab vornehmlich das Bestreben, die Schwierigkeiten zu überwinden, die sich nach der herrschenden deutschen Rechtsauffassung aus dem Nebeneinander von öffentlichem und privatem Recht im Wegerechtsverhältnis und dem dadurch vielfach bedingten "Auseinanderklaffen der eigentümerischen und der hoheitlichen Befugnisse" ergaben.

A) Die Lehre Otto Mayers

Vor allen anderen zu nennen ist hier Otto Mayer, der, wie oben[3] bereits erwähnt wurde, mit Hilfe seiner Lehre vom öffentlichen Eigentum das Privateigentum sogar für die öffentliche Sache als ganze ausschalten wollte. Folgerichtig mußte Otto Mayer auch das System der über den Gemeingebrauch hinausgehenden Benutzungsformen öffentlicher Straßen und Wege rein öffentlich-rechtlich konstruieren, so daß sich für ihn die Frage nach einer eventuell erforderlichen Zustimmung des Wegeeigentümers von vornherein gar nicht stellen konnte.

1) Fleiner, Institutionen S.381; Hatschek-Kurtzig, Verwaltungsrecht S.477; Jellinek, Verwaltungsrecht S. 512; Forsthoff, VerwR I § 19 S. 346; Wolff, VerwR I (4.Aufl. 1961) § 59 II d S. 331; a.A. wohl nur Peters, Verwaltung S.212 und Bertram, VerwArch 38, 390 ff.
2) Vgl. dazu die Nachweise in der vorhergehenden Anmerkung.
3) S. 13 ff.

Darüberhinaus hat Otto Mayer aber noch einen wichtigen Beitrag zur Fortentwicklung des gesamten Sondernutzungsrechts geleistet: Wie ebenfalls schon hervorgehoben wurde, war er es nämlich, der erstmalig die beiden Rechtsinstitute der Gebrauchserlaubnis und der Nutzungsverleihung schärfer herausgearbeitet und gegeneinander abgegrenzt hat[1]. Danach sollte von einer Gebrauchserlaubnis dann gesprochen werden, wenn einer über den Gemeingebrauch hinausgehenden, aber doch nur oberflächlichen und vorübergehenden Benutzung einer öffentlichen Straße die Gewährung durch einen Verwaltungsträger zugrunde liegt[2]. Er nahm an, daß sie nur eine Erweiterung der rechtmäßigen Benutzungsfreiheit bewirke und deshalb kein subjektives öffentliches Recht begründe[3]. Dagegen sollte nach Otto Mayer die Nutzungsverleihung in den Fällen zur Anwendung kommen, in denen die Benutzung der öffentlichen Verkehrswege mit einem schwerwiegenden Eingriff in deren Körperlichkeit und mit einem erheblichen Aufwand an finanziellen Mitteln verbunden sei[4]. Entsprechend dem hieraus entspringenden Bedürfnis nach rechtlicher Sicherheit sollte durch sie für den Nutzungsberechtigten ein subjektives öffentliches Recht begründet werden, das nur unter erschwerten Voraussetzungen und gegen Zahlung einer Entschädigung beeinträchtigt oder wieder entzogen werden könne[5]. Da Otto Mayer weiter annahm, daß die Zulassung dieser Nutzungsform dem Herrn der öffentlichen Sache gegenüber einer Verfügung über dieselbe gleichkomme, verlangte er schließlich, daß bei einer Erteilung einer Nutzungsverleihung die "Polizeibehörde" mit dem Herrn der öffentlichen Sache zusammenwirken solle[6].

---

1) Zur Terminologie bezüglich dieser beiden Institute vgl. oben S.17 Anm.1.
2) Verwaltungsrecht II S.89 ff., 96 f.
3) A.a.O. S.92.
4) A.a.O. S.97.
5) A.a.O. S.103.
6) A.a.O. S.99.

B) Die Lehre Richard Thomas

Weiterhin ist in diesem Zusammenhang Richard Thoma zu nennen. Thomas Lehre ist insofern bemerkenswert, als er nach O. Mayer der erste war, der sich nicht auf eine zustimmende oder ablehnende Stellungnahme zu den Mayer'schen Gedankengängen beschränkte, sondern der die Diskussion um die Konstruktion der öffentlichen Sachen durch einen eigenen Beitrag fortzuführen und zu beleben versuchte, indem er die öffentlichen Straßen und Wege als öffentliche Anstalten kennzeichnete[1]. Im einzelnen braucht auf die von ihm entwickelte Theorie hier jedoch nicht eingegangen zu werden; ungeachtet seines andersartigen dogmatischen Ausgangspunktes gelangte er nämlich im Bereich des Sondernutzungsrechts zu denselben Ergebnissen wie jener: So charakterisierte auch er die Gebrauchserlaubnis und die Nutzungsverleihung als Institute mit einem rein öffentlich-rechtlichen Rechtscharakter und so grenzte auch er die beiden Sondernutzungsformen sowohl nach der Tatbestands- wie auch nach der Rechtsfolgeseite hin in eben derselben Weise voneinander ab, wie es vor ihm schon O. Mayer getan hatte[2].- Nur der Vollständigkeit halber sei in diesem Zusammenhang noch erwähnt, daß die öffentlichen Straßen und Wege auch im sonstigen Schrifttum vereinzelt zu den öffentlichen Anstalten gerechnet worden sind[3]. Doch sind dort aus diesem Ansatz keine besonderen Folgerungen in der Richtung gezogen worden, daß die Sondernutzungen rein öffentlich-rechtlich zu konstruieren seien.

C) Die Lehre von Theodor Maunz

In dem Bemühen, die an den öffentlichen Sachen bestehenden Rechtsverhältnisse durch Zurückdrängung bzw. Aus-

1) Polizeibefehl S. 356.
2) S. dazu a.a.O. S. 377 ff.; zu den gleichen Ergebnissen kommt Thoma im übrigen auch in einem Rechtsgutachten über die "Gasröhrenkonzession" durch Auslegung des seinerzeit gültigen Gesetzesrechts; s. hierzu Gasröhrenkonzession S. 317 f und S. 337.
3) Vgl. dazu die Nachweise bei Maunz, Sachenrecht S.139 ff.

schaltung des Eigentums einfacher und übersichtlicher zu gestalten und infolgedessen auch das Sondernutzungsrecht ausschließlich dem öffentlichen Recht zu unterstellen, ging endlich Maunz[1] noch einen Schritt weiter als O.Mayer: Während dieser für die öffentlichen Sachen nur das Privateigentum als solches ausschalten wollte, sollte nach Maunz das - wie immer auch geartete - Eigentum im Bereich des öffentlichen Sachenrechts überhaupt keine Rolle mehr spielen.[2] Dies wollte Maunz dadurch erreichen, daß er das Substrat vom Begriff der öffentlichen Sache vollständig löste[3] und diese als ein Rechtsverhältnis auffaßte, das eine Rechtspflicht eines Trägers öffentlicher Verwaltung gegenüber der Rechtsordnung zum Gegenstand habe[4]. Inhaltlich sollte diese Pflicht auf ein Halten bzw. ein zur Nutzung Bereithalten gerichtet sein[5]. Entstehen sollte sie durch einen Selbstverpflichtungsakt des Trägers öffentlicher Verwaltung[6], dem im Bereich des Sondernutzungsrechts zugleich auch die Bedeutung eines Mantelrechtsgeschäfts zukommen sollte, das inhaltlich den Rahmen der später angebotenen Nutzungsgewährung absteckte[7]. Die Einräumung der Sondernutzung selbst sollte jedoch erst durch Abschluß eines individuellen Rechtsgeschäfts zwischen dem Benutzer und dem Verwaltungsträger erfolgen, durch das alsdann die Einzelheiten der Benutzung festgelegt würden[8].- Von der Grundlage dieser Konstruktion her folgerichtig sah Maunz die seit O. Mayer als grundlegend betrachtete Unterscheidung zwischen Gebrauchserlaubnis und Nutzungsverleihung als unerheblich an[9].

Ebenso wie schon bei den anderen vorstehend dargestellten Lehren soll hier auch auf diese Theorie von Maunz nicht kritisch eingegangen werden. Es sei hier nur erwähnt,

1) Sachenrecht S. 66 ff., 199 ff., 209 ff., 224 ff., 271 ff.
2) A.a.O. S. 230.
3) A.a.O. S. 230.
4) A.a.O. S. 207.
5) A.a.O. S. 209, 225.
6) A.a.O. S. 207, 225.
7) A.a.O. S. 221.
8) A.a.O. S. 222, 280.
9) A.a.O. S. 279 ff.

daß Maunz selbst diese seine Auffassung später wieder aufgegeben und sich hinsichtlich der Konstruktion der öffentlichen Sachen im allgemeinen wie auch hinsichtlich des Sondernutzungsrechts im besonderen der in Deutschland herrschenden gemischtrechtlichen Betrachtungsweise angeschlossen hat[1].

D) Lehren aus der Zeit nach 1933

Schließlich sei hier noch auf einige Stimmen aus der Zeit nach 1933 hingewiesen, die ebenfalls für eine ausschließliche Unterstellung der öffentlichen Straßen und damit auch des Sondernutzungsrechts unter das öffentliche Recht eintreten[2]. Zur Begründung wurde vornehmlich angeführt, daß der Zweck der öffentlichen Straßen eine solche Betrachtungsweise erfordere und daß es überdies mit der seinerzeitigen Rechtsanschauung nicht in Einklang zu bringen sei, das Wegerechtsverhältnis in eine öffentlich-rechtliche und eine privatrechtliche Seite aufzuspalten. Den Versuch einer ernsthaften dogmatischen Auseinandersetzung mit den angeschnittenen Problemen unternahmen diese Autoren jedoch zumeist nicht. Es ist deshalb nicht weiter verwunderlich, daß ihre Äußerungen auch keine nachhaltige Wirkung auf die weitere Rechtsentwicklung gehabt haben.

§ 5 Die Sondernutzung als Institut mit ausschließlich privatrechtlichem Rechtscharakter

Zum Abschluß sei hier noch eine Lehre erwähnt, nach der die Sondernutzungen ausschließlich dem bürgerlichen Recht unterfielen und nach der demgemäß zur Einräumung einer Sondernutzungsbefugnis neben einem privatrechtlichen Vertrag zwischen dem Wegeeigentümer und dem Benutzer keine

1) Vgl. dazu oben S.18 f.
2) Vgl. etwa Todt, Z.d.Ak.f.R.1937, 623 f; List, JW 1938, 556; ders., Verwaltungsrecht S. 163 ff.; Müller, DR 1938, 289 f; Scheuner, ZAkDR 1937, 485 f; Schmidt, Deutsche Verwaltung 1937, 215; vgl. auch die "Leitsätze für ein deutsches Wegegesetz", abgedruckt in Deutsche Verwaltung 1936, 218-222 Abschnitt E: Sondernutzungen.

behördliche Erlaubnis oder Konzession mehr erforderlich sein sollte. Geschichtlich reichen die Wurzeln dieser Auffassung in jene Zeit zurück, in der der Gemeingebrauch zu allgemeiner Anerkennung gelangte, in der sich zugleich häufig aber auch die Vorstellung breit machte, daß der Gemeingebrauch die einzige öffentlich-rechtlich geregelte Benutzungsform öffentlicher Straßen und Wege sei und mithin die über den Gemeingebrauch hinausgehenden Sondernutzungen ausschließlich in den Geltungsbereich des Privatrechts fallen müßten[1]. In jüngster Zeit wurde diese Ansicht allerdings fast nur noch im energiewirtschaftsrechtlichen Schrifttum mit Bezug auf die Wegebenutzung durch Versorgungsleitungen vertreten[2]. Diese, so argumentierte man, könnten die öffentliche Zweckbestimmung der Straßen und Wege nicht beeinträchtigen und dürften deshalb nach der Lehre vom modifizierten Privateigentum auch einer öffentlich-rechtlichen Regelung durch den Wegeherrn nicht unterliegen.

Nun ist hier wiederum nicht der Ort, sich mit dieser Lehre kritisch auseinanderzusetzen. Es sei hier nur angemerkt, daß es verfehlt ist, wenn im energiewirtschaftsrechtlichen Schrifttum durchweg behauptet wurde, daß diese Lehre der überwiegenden Meinung in der Wissenschaft und der gesamten Rechtsprechung entsprochen habe. Wie sich schon aus den vorstehenden Ausführungen ergibt, hat nämlich die früher ganz h.M. die Sondernutzung als Institut mit gemischtrechtlichem Rechtscharakter angesehen. Eine Ausnahme bildeten insoweit nur zwei Entscheidungen des Bezirksverwaltungsgerichts Neustadt[3] und des bay VGH[4], in denen die Wegebenutzungsverträge durch Versorgungsunternehmen in der Tat als rein privatrechtliche Verträge angesehen worden sind, wenn der Gemeingebrauch durch die Versorgungsleitun-

1) Vgl. dazu Schack, Sondernutzung S.44.
2) Vgl. etwa Henke-Müller-Rumpf, Rechtsgrundlagen S.118 f; Eiser-Riederer, Energiewirtschaftsrecht S. V 38; Fischerhof, DöV 1957, 309.
3) Urt.v.9.7.1957 = DöV 1957, 815 ff.
4) Urt.v.18.9.1952 = Bay Bgm 1953, 164.

gen nicht beeinträchtigt wurde. Diese beiden Erkenntnisse standen jedoch, soweit ersichtlich ist, allein und sind im übrigen auch nicht unangefochten geblieben.[1] Alles in allem läßt sich daher feststellen, daß diese Lehre in neuester Zeit entgegen andersartigen Darstellungen - von den beiden vorgenannten Urteilen abgesehen - lediglich im energiewirtschaftsrechtlichen Schrifttum noch vertreten wurde.

1) Vgl. Eiser-Riederer, Energiewirtschaftsrecht S.V 38.

Zweiter Teil: DIE REGELUNG DES SONDERNUTZUNGSRECHTS IN DEN GELTENDEN STRASSEN- UND WEGEGESETZEN

Obwohl der moderne Gesetzgeber zahlreiche in der Vergangenheit durch Wissenschaft und Rechtsprechung herausgearbeitete Lehrmeinungen und Erkenntnisse vorfand, auf die er sich bei der Kodifizierung des Wegerechts hätte stützen können, hat er sich dennoch bei der Regelung des Sondernutzungsrechts keiner der im Vorstehenden skizzierten Auffassungen angeschlossen. Vielmehr hat er insoweit den hier behandelten Straßen- und Wegegesetzen eine Konzeption zugrunde gelegt, die, soweit ersichtlich, in dieser Ausformung ohne Vorgang ist[1].

I. Kapitel: Darstellung der gesetzlichen Neuregelung des Sondernutzungsrechts

§ 6 Überblick über die gesetzliche Neuregelung des Sondernutzungsrechts

Die neue Rechtslage[2] unterscheidet sich von den überkommenen deutschen Rechtsanschauungen vornehmlich in zweifacher Hinsicht.

Einmal hat der moderne Wegegesetzgeber die Grenze zwischen dem bürgerlichen und dem öffentlichen Recht im System der über den Gemeingebrauch hinausgehenden Benutzungsbefugnisse grundlegend anders gezogen, als dies bisher zu geschehen pflegte: Wurde die Sondernutzung von der bislang h.M. als Institut mit gemischtrechtlichem Rechtscharakter angesehen[3], das sämtliche nicht gemeingebräuchliche Nutzungsformen öffentlicher Straßen und Wege umfaßte,

1) S. auch Schack, Sondernutzung S. 58 f.
2) Vgl. insoweit § 8 BFStrG, Art. 18-22 bayStrWG, § 18-23 nw StrG, § 21-28 schlswholst StrWG, § 16-20 hess StrG, § 18-23 nds StrG, § 41-47 rhldpf StrG, § 18-23 bad-württ StrG.
3) Zu dem Meinungsstreit über die Erforderlichkeit der Zustimmung des Eigentümers bei Zulassung eines schlichten Sondergebrauchs vgl. oben S.22 f.

so ist die Sondernutzung nunmehr in den neuen Straßen- und Wegegesetzen begrifflich auf die über den Gemeingebrauch hinausgehenden, ihn zugleich aber auch beeinträchtigenden Gebrauchsarten der Verkehrswege eingeschränkt und insoweit ausschließlich öffentlich-rechtlich konstruiert worden. Folgerichtig kennen die hier behandelten Straßen- und Wegegesetze daneben aber auch noch eine Form der Benutzung (des Eigentums) der öffentlichen Straßen und Wege, durch die der Gemeingebrauch nicht beeinträchtigt wird und die vom Gesetzgeber ausschließlich den Regeln des bürgerlichen Rechts unterstellt worden ist.

Die andere wesentliche Neuerung besteht darin, daß in den Straßen- und Wegegesetzen die bislang allgemein anerkannte Unterscheidung zwischen den beiden Rechtsinstituten des schlichten und des gesteigerten Sondergebrauchs (Gebrauchserlaubnis bzw. Nutzungsverleihung) in der ihnen früher zuteil gewordenen Ausformung aufgegeben und - wie zu zeigen sein wird - durch eine andersartige Unterscheidung zwischen zwei verschiedenen Sondernutzungsbefugnissen ersetzt worden ist.

§ 7 Die gesetzliche Neuregelung des Sondernutzungsrechts im einzelnen

Im einzelnen stellt sich danach die Neuregelung des Sondernutzungsrechts folgendermaßen dar:

In allen hier behandelten Straßen- und Wegegesetzen wird die Sondernutzung einheitlich als Benutzung (oder Gebrauch) "der (öffentlichen) Straßen über den Gemeingebrauch hinaus (Sondernutzung)" definiert[1].

Sie bedarf (ausschließlich) der Erlaubnis des Trägers der Straßenbaulast[2] bzw. - wie einige Gesetze bestim-

1) Vgl. § 8 Abs.1 BFStrG, Art.18 Abs.1 bayStrWG, § 18 Abs.1 nwStrG, § 16 Abs.1 hessStrG, § 21 Abs.1 schlsw-holst StrWG, § 18 Abs.1 nds StrG, § 41 Abs.1 rhldpf StrG, § 18 Abs.1 bad-württ StrG.
2) S. Art.18 Abs.1 bay StrWG, § 18 Abs.1 nw StrG, § 21 Abs.1 schlsw-holst StrWG, § 18 Abs.1 nds StrG.

men - der Straßenbaubehörde[1]. Die Sondernutzungserlaubnis darf nur auf Zeit oder auf Widerruf erteilt werden[2]. Bei ihrer Erteilung ist die Festsetzung von Bedingungen und Auflagen zulässig[3], wobei einige der hier behandelten Landesstraßengesetze das den Behörden damit eingeräumte Ermessen mit der Maßgabe einschränken, daß die Nebenbestimmungen für die Sicherheit oder Leichtigkeit des Verkehrs oder zum Schutze der Straße erforderlich sein müssen[4]. Außerdem können für die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis Sondernutzungsgebühren erhoben werden, bei deren Bemessung nach den meisten der neuen Straßen- und Wegegesetze der durch die Sondernutzung gewährte wirtschaftliche Vorteil berücksichtigt werden kann[5]. Der Erlaubnisnehmer ist verpflichtet, dem

1) S. § 8 Abs.1 BFStrG, § 16 Abs.1 hess StrG, § 41 Abs.1 rhldpf StrG, § 18 Abs. 2 bad-württ StrG.
2) S. § 8 Abs.1 S.1 BFStrG, Art.18 Abs.2 S.1 bay StrWG, § 18 Abs. 2 S. 1 nw StrG, § 21 Abs.1 S. 2 schlswholst. StrWG, § 16 Abs.2 S.1 hess.StrG, § 18 Abs.1 S.2 nds StrG, § 41 Abs.2 S.1 rhldpf StrG, § 18 Abs.3 S.1 bad-württ StrG.
3) § 8 Abs.3 S.1 BFStrG, § 21 Abs.1 S.3 schlsw holst StrWG, § 16 Abs.2 S.2 hess StrG, § 41 Abs.2 S.2 rhldpf StrG und § 18 Abs.3 S.2 bad-württ StrG, der sogar die Möglichkeit einer nachträglichen Festsetzung von Nebenbestimmungen vorsieht.
4) S. Art.18 Abs.2 S.2 bay StrWG, § 18 Abs.2 S.2 nw StrG, § 18 Abs.1 S.3 nds StrG.
5) Vgl. § 8 Abs.3 S.1 u.2 BFStrG, Art.18 Abs.2 S.3 u.4 bay StrWG, § 26 Abs.1 schlswholst StrWG, § 18 Abs.1 hessStrG, § 21 Abs.1 nds StrG; ferner auch § 21 bad-württ StrG, der in der Sache im wesentlichen die gleiche Regelung zum Inhalt hat, wenn er in seinem Abs.2 S.3 bestimmt, daß die Gebührensätze nach dem wirtschaftlichen Interesse des Gebührenschuldners an der Sondernutzung zu bemessen sind, der es zugleich allerdings ermöglicht, bei der Berechnung der Gebühren daneben auch Art und Ausmaß der Einwirkung auf die Straße sowie die wirtschaftlichen Verhältnisse des Benutzers zu berücksichtigen. Dagegen weichen von der im Text erwähnten Fassung das nw StrG und das rhldpf StrG teilweise ab: während sich nämlich das nwStrG in seinem § 18 Abs.2 S.3 nur auf die Vorschrift beschränkt, daß "für die Sondernutzung ... Gebühren erhoben werden" können, enthält § 47 rhldpf StrG daneben noch die Bestimmung, daß sich die Erhebung der Gebühren entweder nach dem Landesgebührengesetz oder nach dem Kommunalabgabengesetz richtet, je nach dem, ob das Land oder die Landkreise bzw. die Gemeinden Träger der Straßenbaulast der jeweils in Anspruch genommenen öffentlichen Straßen sind.

Träger der Straßenbaulast alle durch die Sondernutzungen zusätzlich entstehenden Kosten zu ersetzen[1] und eventuell erforderliche Sondernutzungsanlagen technisch einwandfrei sowie den gesetzlichen Vorschriften entsprechend zu erbauen und zu unterhalten[2].

Im Falle eines Widerrufs der Erlaubnis oder bei Sperrung, Änderung, Umstufung oder Einziehung der Straße hat der Erlaubnisnehmer keinen Ersatzanspruch gegen den Träger der Straßenbaulast[3].

Demgegenüber richtet sich nach den neuen Straßen- und Wegegesetzen die Einräumung von Rechten zur Benutzung (des Eigentums) der öffentlichen Straßen ausschließlich nach bürgerlichem Recht, wenn durch sie der Gemeingebrauch nicht beeinträchtigt wird[4].

1) S. § 8 Abs.5 S.2 BFStrG, Art.18 Abs.3 S.1 bay StrWG, § 18 Abs.3 S.1 nwStrG, § 21 Abs.2 S.1 schlswholst StrWG, § 16 Abs.3 S.1 hessStrG, § 18 Abs.2 S.1 nds StrG, § 41 Abs.3 S.1 rhldpf StrG, § 21 Abs.5 badwürtt StrG.

2) S.Art.18 Abs.4 bay StrWG, § 18 Abs.4 S.1 nwStrG, § 21 Abs.3 S.1 schlswholst StrWG, § 18 Abs.3 nds StrG, § 41 Abs.4 rhldpf StrG; im BFStrG fehlt eine entsprechende Vorschrift gänzlich und in § 16 Abs.4 hessStrG sowie in § 18 Abs.4 S.1 bad-württ StrG wird nur die Beachtung der anerkannten Regeln der Technik verlangt.

3) S. § 8 Abs.8 S.1 BFStrG, Art.18 Abs.6 bayStrWG, § 18 Abs. 6 nw StrG, § 21 Abs.5 schlswholst StrWG, § 16 Abs.6 S.1 hess StrG, § 18 Abs.5 nds StrG, § 41 Abs.6 rhldpf StrG, § 18 Abs.6 S.1 bad-württ StrG.

4) S. § 8 Abs.10 BFStrG, § 23 Abs.1 nwStrG, § 28 Abs.1 Z.1 schlswholst StrWG, § 20 Abs.1 hess StrG, § 23 Abs.1 nds StrG, § 45 Abs.1 rhldpf StrG, § 23 Abs.1 bad-württ StrG; in Art.22 Abs.1 bay StrWG wird darauf abgestellt, ob der Gemeingebrauch durch die Benutzung nicht beeinträchtigt werden kann. Das bayStrWG weicht insoweit auch noch in terminilogischer Hinsicht von den anderen hier behandelten Straßen- und Wegegesetzen ab: während diese nämlich die fraglichen Gebrauchsarten überwiegend als eine Benutzung des Eigentums der Straße auffassen und sie als "sonstige Benutzungen" kennzeichnen, spricht das bay StrWG in diesen Fällen ausdrücklich von einer "Sondernutzung nach bürgerlichem Recht".

Die gleiche Regelung[1] gilt im übrigen für den Fall, daß der Gemeingebrauch anläßlich einer Benutzung der Straße für Zwecke der öffentlichen Versorgung[2] nur für kurze Dauer[3] beeinträchtigt wird. Auch insoweit kommt deshalb ausschließlich eine bürgerlich-rechtliche Vereinbarung zur Begründung der Benutzungsbefugnis in Betracht.

II. Kapitel: Die bisherigen Stellungnahmen zur gesetzlichen Neuregelung des Sondernutzungsrechts

Während die in den neuen Straßen- und Wegegesetzen enthaltene Regelung des Gemeingebrauchs ein sehr lebhaftes, zumeist allerdings negatives Echo im wissenschaftlichen Schrifttum hervorgerufen hat[4], ist die Zahl der Stellungnahmen zur Neuordnung des Sondernutzungsrechts bisher verhältnismäßig klein geblieben. Soweit jedoch wirklich der ernsthafte Versuch unternommen wurde, die diesbezüglichen Regelungen dogmatisch zu durchdringen, wurde die in ihnen niedergelegte Konzeption des modernen Wegegesetzgebers von der Mehrzahl der Autoren gleichfalls - mindestens teilweise - abgelehnt[5].

§ 8 Darstellung der bisherigen Stellungnahmen zur gesetzlichen Neuregelung des Sondernutzungsrechts

Die Diskussion über die gesetzliche Ausgestaltung des Sondernutzungsrechts setzt überall da an, wo der

1) S. § 8 Abs.10 BFStrG, Art.22 Abs.2 bayStrWG, § 23 Abs.1 nwStrG, § 28 Abs.1 Z.2 schlswholst StrWG, § 20 Abs.1 hess StrG, § 23 Abs.1 nds StrG, § 45 Abs.1 rhldpf StrG, § 23 Abs.1 bad-württ StrG.

2) § 23 Abs.1 nw StrG, § 23 Abs.1 nds StrG und § 23 Abs.1 bad-württ StrG nennen neben der öffentlichen Versorgung auch noch die Abwasserbeseitigung.

3) Manche Gesetze sprechen in diesem Zusammenhang sachlich gleich von einer "vorübergehenden" oder einer "kurzfristigen"Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs. § 28 Abs.1 Z.2 schlswholst StrWG und § 23 Abs.1 bad-württ StrG verzichten insoweit auf das Merkmal der Kurzfristigkeit überhaupt ganz.

4) Vgl. dazu statt vieler de Weldige-Cremer, Benutzung S.1 ff. mit zahlreichen Nachweisen.

5) Eine Ausnahme bilden insoweit vor allem die bislang schon erschienenen Erläuterungsbücher zu den neuen Straßen- und

Gesetzgeber in grundsätzlichen Fragen neue Wege beschritten hat. Sie betrifft deshalb vornehmlich die in den neuen Straßen- und Wegegesetzen enthaltene Grenzziehung zwischen dem bürgerlichen und dem öffentlichen Recht im System der über den Gemeingebrauch hinausgehenden Benutzungsbefugnisse. Sie geht im übrigen auch darum, daß die bisher allgemein anerkannte Unterscheidung zwischen den beiden Instituten des schlichten und des gesteigerten Sondergebrauchs (Gebrauchserlaubnis bzw. Nutzungsverleihung) vom Gesetzgeber aufgegeben und - wie ganz überwiegend gelehrt wird - durch eine im wesentlichen einheitliche Sondernutzungsbefugnis ersetzt worden sei.

A) Die bisherigen Stellungnahmen zur gesetzlichen Grenzziehung zwischen bürgerlichem und öffentlichem Recht

Soweit die gesetzliche Grenzziehung zwischen dem bürgerlichen und dem öffentlichen Recht im System der nicht gemeingebrauchlichen Benutzungsbefugnisse Gegenstand der Erörterungen ist, gilt die Aufmerksamkeit vornehmlich den Bestimmungen, die einerseits die Sondernutzung als Institut mit ausschließlich öffentlich-rechtlichem Rechtscharakter kennzeichnen und die andererseits jedwede Benutzung (des Eigentums) der Straßen, die über den Gemeingebrauch hinausgeht, diesen aber nicht beeinträchtigt, nicht als (öffentlich-rechtlich konstruierte) Sondernutzung behandeln, sondern ausschließlich den Regeln des bürgerlichen Rechts unterstellen.

I. Im einzelnen sei hier zunächst eine Gruppe von Autoren erwähnt, die es für verfehlt halten, daß die Sondernutzungen in den neuen Straßen- und Wegegesetzen ausschließlich dem öffentlichen Recht unterstellt worden sind und die

---

Forts.v.Bl.35

Wegegesetzen. Dies überrascht jedoch deshalb nicht so sehr, weil es sich dabei überwiegend um Referentenkommentare handelt.

dessen dafür eintreten, die gesetzliche Regelung insoweit als nicht erschöpfend zu betrachten, sondern für die Begründung bzw. Ausübung einer Sondernutzungsbefugnis - entsprechend den bisher herrschenden Rechtsanschauungen - neben der Sondernutzungserlaubnis auch noch den Abschluß eines privatrechtlichen Zustimmungsvertrages mit dem Straßeneigentümer verlangen.

a) In diesem Zusammenhang ist vornehmlich Zippelius zu nennen, der sich eingehend um eine dogmatische Durchdringung des Gesetzesrechts bemüht.

Zippelius stellt fest[1], daß bei der Frage nach einem System der Nutzungen öffentlicher Straßen von der Lehre vom modifizierten Privateigentum[2] auszugehen sei, da sie sowohl von der bisher h.M. wie auch vom modernen Wegegesetzgeber zugrunde gelegt worden sei. Diese Theorie wirke sich zunächst dahin aus, daß die Straßen im Rahmen der öffentlichen Zweckbestimmung, die sich im neuen Wegerecht gänzlich mit dem Gemeingebrauch decke, von jedermann ohne irgendeine vorherige Erlaubnis oder Zustimmung benutzt werden könnten. Jeder Benutzer indessen, der die Straßen über die öffentliche Zweckbestimmung und damit über den Gemeingebrauch hinaus gebrauchen wolle, stehe zwei Rechtssubjekten gegenüber: einmal dem öffentlich-rechtlichen Sachherrn, der eine Beeinträchtigung der öffentlichen Zweckbindung verhindern könne, und zum anderen dem Straßeneigentümer, der einen Eingriff in die ihm verbliebenen Eigentumsrechte abwehren könne. Bei konsequenter Durchführung der Lehre vom modifizierten Privateigentum ergebe sich deshalb folgendes Nutzungssystem: Eine Benutzung der Straßen, die den Gemeingebrauch nicht

1) Vgl. hierzu und zum folgenden: Grundfragen DöV 1958,846; Zippelius behandelt zwar ausdrücklich nur die Rechtslage nach dem bayStrWG; in der Sache müssen seine Ausführungen aber auch für die übrigen hier behandelten Straßen- und Wegegesetze gelten.

2) Zippelius spricht in diesem Zusammenhang unscharf vom "Begriff der öffentlichen Sache"; er meint jedoch ganz offensichtlich die oben erwähnte Lehre.

beeinträchtigt, bedürfe lediglich einer bürgerlich-rechtlichen Regelung mit dem Eigentümer; dies sei vom modernen Wegegesetzgeber richtig erkannt worden. Ein Gebrauch hingegen, der nur die öffentliche Zweckbestimmung beeinträchtigt, erfordere ausschließlich eine öffentlich-rechtliche Erlaubnis seitens des Sachherrn; auch dieser Fall sei in den neuen Straßengesetzen zutreffend geregelt worden. Eine Inanspruchnahme der Straßen indessen, die sowohl den Gemeingebrauch beeinträchtigt wie auch in die dem Eigentümer verbliebenen Rechte eingreift, müsse sowohl vom öffentlich-rechtlichen Sachherrn wie auch vom Eigentümer erlaubt werden. Die neuen Straßengesetze sähen jedoch auch insoweit nur eine öffentlich-rechtliche Sondernutzungserlaubnis vor. Es müsse deshalb folgerichtig angenommen werden, daß die gesetzliche Regelung in dieser Hinsicht nicht erschöpfend sei und mithin zur Begründung bzw. Ausübung einer derartigen Benutzungsbefugnis zusätzlich der Abschluß eines privatrechtlichen Zustimmungsvertrages mit dem Eigentümer verlangt werden. Eine Benutzung schließlich, die weder den Gemeingebrauch noch die Rechte des Eigentümers beeinträchtigt, dürfe wiederum ohne jedwede vorherige Genehmigung oder Zustimmung vorgenommen werden.

b) Ähnliche Einwände werden auch von Salzwedel[1] gegen die ausschließlich öffentlich-rechtliche Regelung der Sondernutzungen geltend gemacht.

Salzwedel legt dar[2], daß es der Tradition des deutschen Wegerechts entspreche, den Straßeneigentümer zu beteiligen, wenn die Befugnis zu einer über die öffentliche Zweckbestimmung hinausgehenden Benutzung öffentlicher Straßen eingeräumt werde, gleichviel, ob diese Benutzung den Gemeingebrauch beeinträchtige oder nicht. Dieser Grundsatz müsse - obwohl er im Gesetzeswortlaut keinen Ausdruck

1) Salzwedel behandelt zwar ausdrücklich nur die Rechtslage nach dem BFStrG; seine Ausführungen gelten jedoch der Sache nach auch für die anderen hier behandelten Straßen- und Wegegesetze.
2) Vgl. hierzu und zum folgenden PersVerk 1960, 86.

gefunden habe - auch unter der Geltung des Bundesfernstraßengesetzes noch als verbindlich angesehen werden, da die gesetzliche Regelung des Sondernutzungsrechts andernfalls gar nicht verständlich sei. Ein vernünftiger Normzweck sei nämlich in der gesetzlichen Grenzziehung zwischen Berücksichtigung und Nichtberücksichtigung der Eigentumsrechte bei den nicht gemeingebräuchlichen Nutzungsarten nicht zu erkennen. Bei buchstabengetreuer Anwendung der Sondernutzungsvorschriften erscheine diese Grenzziehung vielmehr willkürlich und wäre deshalb unter dem Gesichtspunkt des Art.3 GG auch verfassungsrechtlich nicht unproblematisch. Verfassungsrechtliche Bedenken ergäben sich jedenfalls im Hinblick auf Art.14 GG: Die ausschließlich öffentlich-rechtliche Regelung der Sondernutzungen und die damit verbundene Zurückdrängung der Eigentumsrechte in diesem Bereich enthalte nämlich eine partielle Enteignung des Eigentümers; da die entsprechenden Vorschriften indessen keine Entschädigungsregelung vorsähen, verletzten sie die Junktimsklausel des Art.14 III 1 GG und seien deshalb nach der dazu inzwischen gebildeten h.L. teilweise nichtig.

Die Auslegung des § 8 BFStrG nach den Grundsätzen traditioneller, teleologischer und verfassungskonformer Gesetzesinterpretation ergebe deshalb, daß die gesetzliche Regelung der Sondernutzungen als nicht erschöpfend zu betrachten und demgemäß insoweit auch in Zukunft an dem Zustimmungserfordernis des Eigentümers festzuhalten sei. Folgerichtig erblickt Salzwedel die Bedeutung des § 8 Abs.10 BFStrG nicht darin, daß diese Bestimmung die grundsätzlich zurückgedrängten Rechte des Eigentümers in einzelnen Fällen wieder berücksichtigt; vielmehr solle durch sie klar gestellt werden, daß hinsichtlich der dort geregelten Gebrauchsformen nur bürgerliches Recht Platz greift und folglich die Mitwirkung irgendeines Verwaltungsträgers unter allen Umständen ausgeschlossen sei.

II. Im Vorhergehenden ist gezeigt worden, wie Zippelius und Salzwedel die rein öffentlich-rechtliche Ausgestaltung der Sondernutzungen für verfehlt halten, zugleich aber die rein bürgerlich-rechtliche Regelung derjenigen Benutzungsarten, die über den Gemeingebrauch hinausgehen, diesen aber nicht beeinträchtigen, ausdrücklich als systemgerecht anerkennen. Die nunmehr zu behandelnden Autoren kommen bei ihrer Beurteilung des neuen Sondernutzungsrechts zu einem genau entgegengesetzten Ergebnis: nach ihrer Auffassung ergeben sich einerseits keine Bedenken gegen die Zurückdrängung der Eigentumsrechte im Bereich des Sondernutzungsrechtes, ist es andererseits jedoch verfehlt, daß die öffentlich-rechtlich konstruierten Sondernutzungen nach den neuen Straßen- und Wegegesetzen nur die den Gemeingebrauch beeinträchtigenden Nutzungsarten umfassen und daß sich demzufolge ein - wie auch immer gearteter - Gebrauch öffentlicher Straßen ausschließlich nach bürgerlichem Recht richten soll.

a) In diesem Sinne hat namentlich Schack[1] in eingehender Weise zu den Sondernutzungsbestimmungen Stellung genommen.

Hinsichtlich der öffentlich-rechtlichen Sondernutzung folgert auch Schack[2] aus § 8 Abs.1 u. 10 in Verbindung mit § 24 Abs.12 BFStrG, daß eine neben der öffentlich-rechtlichen Sondernutzungserlaubnis herlaufende privatrechtliche Vereinbarung zwischen Straßenbenutzer und Straßeneigentümer unzulässig sei.

---

1) Sondernutzung S.57 ff. Den Untersuchungen Schacks liegt ein im Jahre 1962 erstattetes Rechtsgutachten über die Auslegung des § 8 Abs.10 BFStrG zugrunde. Dementsprechend sind auch seine hier zitierten Ausführungen in erster Linie auf die Rechtslage nach dem Bundesfernstraßengesetz zugeschnitten. Dessenungeachtet besitzen aber seine Darlegungen in der Sache ebenfalls auch für die anderen hier behandelten Straßen- und Wegegesetze Geltung.

2) A.a.O. S.58

Zu der ausschließlich bürgerlich-rechtlichen Regelung der übrigen nicht gemeingebräuchlichen Benutzungsformen stellt Schack dagegen folgende Überlegungen an:

Beim ersten Hinsehen stünden diese Bestimmungen im Widerspruch zu bisher ganz h.M., nach der jeder über den Gemeingebrauch hinausgehende Gebrauch einer öffentlich-rechtlichen Erlaubnis bedurft hätte[1]. Hinter dieser Lehre habe indessen der wichtige und berechtigte Gedanke gestanden, daß bei Sondernutzungen zwangsläufig die Interessen der Wegeaufsichtsbehörde und des Wegeunterhaltspflichtigen - kurzum: das öffentliche Interesse - berührt werde[2]. Auf das Berührtsein dieses öffentlichen Interesses aber komme es wegerechtlich nach wie vor an[3]. Da nun nicht davon ausgegangen werden könne, daß der moderne Wegegesetzgeber diese wichtigen öffentliche-rechtlichen Belange außer acht gelassen habe, müsse § 8 Abs.10 BFStrG so ausgelegt werden, daß sie Berücksichtigung fänden[4]. Einen Ansatzpunkt hierzu biete die Formulierung, daß "der Gemeingebrauch nicht beeinträchtigt" werden dürfe. Dies müsse mithin als etwas Weiteres denn als eine bloße Behinderung oder Störung des Gemeingebrauchs angesehen werden; von einer Beeinträchtigung müsse vielmehr immer schon dann gesprochen werden, wenn irgendwie das öffentliche Interesse berührt werde[5]. Schack läßt offen, ob es danach überhaupt über den Gemeingebrauch hinausgehende Benutzungsarten gibt, die das öffentliche Interesse in diesem Sinne nicht berühren und ob damit für die fragliche Bestimmung überhaupt noch ein gewisser Anwendungsbereich verbleibt[6]; jedenfalls aber müsse bei der Verlegung von Ver-

1) A.a.O. S.62
2) A.a.O. S.62
3) A.a.O. S.63
4) A.a.O. S.64
5) A.a.O. S.63
6) Aus der Tatsache, daß sich bei einer solchen Auslegung der § 8 Abs.10 BFStrG nach Schacks eigenen Ausführungen a.a.O. S.65 ohne weiteres in das bisherige wegerechtliche System einfügt, wird allerdings wohl geschlossen werden müssen, daß Schack diese Frage verneint.

sorgungsleitungen eine solche Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs angenommen werden, so daß diese Fälle in der Regel nicht den dafür vorgesehenen Vorschriften unterfielen, sondern einer öffentlich-rechtlichen Erlaubnis bedürften[1]. Dabei räumt Schack ein, daß eine solche Interpretation des BFStrG nicht der Konzeption des Gesetzgebers entspreche[2]. Sie sei aber gleichwohl geboten, da sich der Gesetzgeber einerseits der Tragweite der fraglichen Bestimmungen wahrscheinlich nicht bewußt gewesen sei[3], und er andererseits auch nicht "über in der Struktur der geltenden Rechtsordnung wurzelnde Elementarsätze nach seinem Gutdünken" verfügen könne[4]. Sollte sich diese Auslegung jedoch nicht durchsetzen, dann könnten allerdings Wissenschaft und Rechtsprechung durch die neuen Regelungen nicht gebunden worden sein[5].

b) Aus ähnlichen Gründen wie Schack lehnt auch de Weldige-Cremer[6] die Vorschriften über die "privatrechtliche Sondernutzung" in den neuen Straßen- und Wegegesetzen ab.

De Weldige-Cremer begründet seine Kritik einmal damit[7], daß eine privatrechtliche Vereinbarung nicht die zu einem Eingriff in eine öffentliche Sache erforderliche Erlaubnis des öffentlich-rechtlichen Sachherrn ersetzen könne. Zum anderen aber gehörten Vorschriften, die eine "Sondernutzung nach bürgerlichem Recht" regeln wollten, nicht in ein System der öffentlich-rechtlich zu regelnden Wegebenutzung.

1) A.a.O. S.63; auf diese Feststellung legt Schack deshalb besonderes Gewicht, weil das erwähnte Rechtsgutachten von ihm aus Anlaß der Frage erstellt wurde, ob für die Verlegung von Versorgungsleitungen eine öffentlich-rechtliche Erlaubnis erforderlich sei.
2) A.a.O. S.64
3) A.a.O. S.64
4) A.a.O. S.65
5) A.a.O. S.65 f, wo zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen die Rechtspraxis der Gesetzgebung die Gefolgschaft versagen könne, zahlreiche Nachweise aus dem Schrifttum angegeben sind.
6) Benutzung S.68 ff.
7) A.a.O. S. 77 ff.

Die neue Wegegesetzgebung, die in beiderlei Hinsicht anders entscheide, verknüpfe mithin "Vorstellungen aus verschiedenen Rechtsgebieten derart miteinander, daß daraus die größte Begriffsverwirrung" entstehe. Diese und andere[1] im gegenwärtigen Zusammenhang nicht erhebliche Überlegungen veranlassen auch de Weldige-Cremer zu der Feststellung, daß Lehre und Rechtsprechung insoweit in der vom Gesetzgeber gewollten Form nicht an die neuen Straßen- und Wegegesetze gebunden seien[2].

c) Ähnliche Bedenken wie von de Weldige-Cremer werden auch von Wolff[3] gegen die ausschließlich bürgerlichrechtliche Regelung der hier in Rede stehenden Benutzungsformen geltend gemacht. Auch Wolff hält die Einräumung lediglich privatrechtlicher Verfügungsmacht über eine öffentliche Sache für verfehlt, weil die Straßen nicht nur um des Gemeingebrauchs willen öffentliche Sachen seien, weil sie überdies keineswegs alle und vollständig im Eigentum des Trägers der Straßenlast stünden, und weil schließlich nicht dieser, sondern in erster Linie die (unmittelbare oder mittelbare) Staatsbehörde für die öffentliche Sache verantwortlich sei und demgemäß darüber entscheiden müsse, ob eine Benutzung eines Verkehrsweges den Gemeingebrauch (nur vorübergehend) beeinträchtigt oder nicht.

d) Unter einem weiteren Gesichtspunkt hält Stern[4] die gesetzliche Neuregelung dieser den Gemeingebrauch überschreitenden, aber nicht beeinträchtigenden Benutzungsformen für verfehlt.

Stern geht von der Überlegung aus, daß auch unter der Geltung des neuen Gesetzesrechts zum mindesten noch funktionell die Beteiligung des Wegeeigentümers, des Wegebaulastträgers und der Wegeordnungsbehörde an der Einräumung einer Sondernutzungsbefugnis zu trennen sei[5]. Rechtsform und

1) Vgl. dazu unten S.46.
2) A.a.O. S.91.
3) VerwR I § 59 III b S.346.
4) Konzessionsvertrag S.167 ff.
5) A.a.O. S.171.

Rechtscharakter dieser verschiedenen Mitwirkungsakte habe der Gesetzgeber aber in den genannten Vorschriften wenigstens z.T. verkannt[1]. Er habe diese Regelungen auf das Drängen der Versorgungswirtschaft hin getroffen, die ihrerseits - offenbar aus Rechtsschutzgründen - fürchtete, daß die Konzessionsverträge nicht mehr dem bürgerlichen Recht zugehören könnten[2]. Diese Besorgnis sei indessen seit dem Aufbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit völlig unbegründet[3]. Die fraglichen Gesetzesbestimmungen hätten dadurch aber einen Kompromißcharakter bekommen und erwiesen, daß die wegerechtlichen Probleme der Energieversorgung nicht zu Ende gedacht worden seien[4]. Aus diesen Gründen hat augenscheinlich auch Stern Zweifel daran, ob die Gerichte und die Wissenschaft insoweit an die Gesetze gebunden sind[5].

e) Erwähnt sei schließlich auch noch Maunz[6], der - allerdings ohne nähere Begründung - in den Vorschriften, die die über den Gemeingebrauch hinausgehenden, aber ihn nicht beeinträchtigenden Benutzungsformen regeln, die gesetzliche Bestätigung der bislang herrschenden "vermittelnden" Auffassung erblickt, nach der jede über den Gemeingebrauch hinausgehende Benutzung öffentlicher Straßen neben einer öffentlich-rechtlichen Gestattung auch der Zustimmung des Eigentümers bedurfte.

III. Uneingeschränkte Zustimmung hat die gesetzliche Grenzziehung zwischen bürgerlichem und öffentlichem Recht im System der über den Gemeingebrauch hinausgehenden Benutzungsformen öffentlicher Straßen, soweit ersichtlich ist, außer bei den Verfassern der oben[7] erwähnten Kommentare nur bei Spanner[8] gefunden.

1) A.a.O. S.171 Anm. 112a, 290 f.
2) A.a.O. S.291.
3) A.a.O. S.291.
4) A.a.O. S.290 f.
5) Vgl. a.a.O. S.291 Anm.53.
6) Grundfragen S.335.
7) Vgl. oben S.35 Anm.5.
8) Grenzen S. 12 ff.

Spanner hält zunächst den grundsätzlichen Versuch des Gesetzgebers, zu einer klaren Scheidung von öffentlich-rechtlichen Nutzungserlaubnissen und bürgerlich-rechtlichen Nutzungsverträgen zu kommen, für sehr begrüßenswert[1]. Überdies aber sei es auch gelungen, die Grenze zwischen öffentlichem und bürgerlichem Recht im Sondernutzungsrechtsverhältnis richtig zu ziehen, denn in der Tat müßten wohl bei Zugrundelegung eines klaren Widmungsbegriffs alle diejenigen Benutzungsarten, die mit der öffentlichen Zweckbestimmung der Straße, d.h. also mit dem Gemeingebrauch, zusammenhingen, öffentlich-rechtlich geregelt werden, während man die anderen Nutzungen dem bürgerlichen Recht überlassen könne[2].

So kommt Spanner zu dem Ergebnis[3], daß der moderne Straßengesetzgeber bei der Kodifizierung des Sondernutzungsrechts einen Weg beschritten habe, der sowohl den Bedürfnissen nach einer klaren Systematik wie auch nach Praktikabilität der Gesetze genüge.

B) Die bisherigen Stellungnahmen zu einer (möglichen) Unterscheidung zwischen zwei verschiedenartigen Sondernutzungsbefugnissen

Wie soeben bereits angedeutet wurde, wird in den bisherigen Stellungnahmen zur gesetzlichen Neuregelung des Sondernutzungsrechts nicht nur anerkannt, daß die bislang geläufige Unterscheidung zwischen den beiden Instituten des schlichten und des gesteigerten Sondergebrauchs (Gebrauchserlaubnis bzw. Nutzungsverleihung) vom modernen Gesetzgeber aufgegeben worden ist, sondern darüber hinausgehend sogar die Auffassung vertreten[4], daß in den neuen Straßen- und Wegegesetzen überhaupt eine rechtlich bedeutsame Unterscheidung zwischen zwei verschiedenartigen, gegeneinander abgrenzbaren

1) A.a.O. S.13.
2) A.a.O. S.13.
3) A.a.O. S.16.
4) Vgl. Forsthoff, VerwR I § 19 S. 344 Anm.4; Jahn, NJW 1961, 2196; Schack, Sondernutzungen S.58 f; Spanner, Grenzen S.14; Zippelius, Grundfragen DöV 1958, 847.

Sondernutzungsbefugnissen nicht mehr gemacht werde. Besteht insoweit nahezu[1] einhellige Einmütigkeit, so gehen die Auffassungen über die Frage, wie diese Neuerung zu beurteilen sei, - soweit dies überhaupt erörtert wird - doch wiederum weit auseinander.

I. Auf scharfe Kritik stoßen die gesetzlichen Sondernutzungsbestimmungen dieserhalb bei de Weldige-Cremer.

Seine diesbezüglichen Bedenken sind doppelter Natur: Einmal habe die jetzt einheitliche Ausgestaltung der Sondernutzungserlaubnisse eine "lebensfremde Starrheit" zur Folge, die einer genügenden Anpassung der Rechtsform an die unterschiedliche Intensität der Nutzungsarten entgegen stehe[2]. Und zum anderen ignoriere der Gesetzgeber zu unrecht, daß Benutzungsberechtigte dann, wenn Sondernutzungen mit erheblichen wirtschaftlichen Investitionen verbunden sind, ein begründetes Interesse daran hätten, eine entsprechend gesicherte Rechtsstellung zu erhalten; da nach Ansicht de Weldige-Cremers nämlich auch für diese Fälle nur eine "jederzeit entschädigungslos widerrufbare Gebrauchserlaubnis" zur Verfügung steht, würden die Benutzer nach der gesetzlichen Regelung insoweit mit einem zu hohen finanziellen Risiko belastet[3]. Diese Erwägungen führen de Weldige-Cremer gleichfalls zu dem Ergebnis, daß die Neuordnung des Sondernutzungsrechts auch unter diesem Gesichtspunkt abzulehnen sei[4].

II. Demgegenüber erscheint es Spanner[5] durchaus begrüßenswert, daß die bisherige Unterscheidung zwischen dem schlichten und dem gesteigerten Sondergebrauch (Gebrauchs-

1) Über einige Versuche, den Anwendungsbereich der Sondernutzungserlaubnis auf Zeit einzuschränken und damit die Sondernutzungserlaubnis auf Widerruf doch irgendwie von der Sondernutzungserlaubnis auf Zeit zu unterscheiden, vgl. unten S.105 f. Die in dieser Richtung gemachten Ansätze sind jedoch so schwach, daß sie hier nicht gesondert erörtert zu werden brauchen.
2) Benutzung S.80 f.
3) A.a.O. S.88 f.
4) A.a.O. S.91.
5) Grenzen S.14 f.

erlaubnis bzw. Nutzungsverleihung) nicht in die neuen Straßen- und Wegegesetze aufgenommen worden ist. Diese Differenzierung sei nämlich entbehrlich, seitdem die Verwaltungsgerichte auch bei einem (ermessensfehlerhaften) Widerruf einer Gebrauchserlaubnis die Klagemöglichkeit eröffnet hätten. Ähnlich spricht auch Zippelius[1] davon, daß das "theoretische Arsenal von schlichten und gesteigerten Sondergebräuchen ... nach dem bay StrWG zum Glück entbehrlich" sei. Gleichwohl räumt doch Spanner[2] ein, daß die Beseitigung der Konzession "eine gewisse Schwächung der Rechtsstellung" des Nutzungsberechtigten mit sich bringe, da auch die auf Zeit erteilte Gebrauchserlaubnis kein materielles subjektives öffentliches Recht begründen könne.

§ 9 Bedenken gegen die bisherigen Stellungnahmen zur gesetzlichen Neuregelung des Sondernutzungsrechts

Die vorstehend gegebene Übersicht über die bisherigen Stellungnahmen zur Neuordnung des Sondernutzungsrechts hat gezeigt, daß die gesetzlichen Regelungen im wissenschaftlichen Schrifttum vornehmlich unter systematischen Gesichtspunkten heftig umstritten sind. Nun wäre es zwar in Anbetracht der Tatsache, daß der bisherige Verlauf der Untersuchung noch zu keiner eigenen Analyse der einschlägigen Gesetzesbestimmungen führen konnte, sicherlich verfrüht, sich bereits an dieser Stelle eingehend mit den einzelnen Meinungen und Argumenten auseinanderzusetzen. Es können und sollen jedoch schon hier einige gewichtige Bedenken aufgezeigt werden, die auf jeden Fall gegen die eben wiedergegebenen kritischen Stimmen angemeldet werden müssen, gleichviel, wie auch immer die eigene Würdigung der Neuausgestaltung der Rechtsmaterie ausfallen mag.

1) Grundfragen DöV 1958, 847.
2) Grenzen S.15.

A) Allgemeine Kennzeichnung der bisherigen Stellungnahmen

Die erste Überlegung, die sich in diesem Zusammenhang aufdrängt, ist allgemeiner Natur und betrifft die zum neuen Sondernutzungsrecht abgegebenen Stellungnahmen insgesamt:

Es fällt auf, daß die gesetzliche Neuordnung des Sondernutzungsrechts nicht unter einem einheitlichen Gesichtspunkt abgelehnt wird[1], sondern daß die verschiedenen Autoren ganz verschiedene Einzelvorschriften der gesetzlichen Regelung kritisieren, ihre Kritik aber auf diese einzelnen von ihnen jeweils angegriffenen Bestimmungen beschränken und im übrigen die anderen die Sondernutzungen betreffenden Normen in den neuen Straßengesetzen ausdrücklich oder der Sache nach billigen oder zum mindesten anerkennen. Dies führt zu Überschneidungen in der Beurteilung des Gesetzesrechts dergestalt, daß ein und dieselbe Bestimmung von einer Autorengruppe heftig bekämpft, von einer anderen hingegen nachdrücklich begrüßt wird. Nun wäre vielleicht auch dies noch nicht unbedingt erwähnenswert, wenn nicht eine beträchtliche Anzahl der Autoren gerade aus den jeweils von ihnen vorgebrachten Einwänden gegen eine bestimmte - von anderen aber anerkannte - Vorschrift die Folgerung ableiten würde, daß die Rechtsprechung und die Wissenschaft an die gesetzlichen Regelungen in der vom Gesetzgeber gewollten Form nicht gebunden seien oder insoweit sogar Verfassungswidrigkeit der Gesetze anzunehmen sei. Mochte die unterschiedliche Aufnahme, die die einzelnen Bestimmungen im Schrifttum gefunden haben, mindestens schon den Schluß nahe legen, daß in den grundsätzlichen Fragen des Sondernutzungsrechts keine hinreichende Klarheit besteht[2], so führt dieses letzte Argument darüberhinaus noch zu einer für die

1) Die folgenden Erwägungen gelten nicht für die Ausführungen Spanners, Grenzen S.12 ff.
2) Vgl. in diesem Zusammenhang auch Wessel de Weldige-Cremer a.a.O. S.78.

Praxis kaum mehr erträgliche Unsicherheit bei Beantwortung der Frage, was nun im Hinblick auf die Sondernutzungen eigentlich geltendes Recht sei[1].

B) Bedenken gegen die einzelnen Lehren

Darüberhinaus müssen aber gegen die oben wiedergegebenen Stellungnahmen auch im einzelnen mehr oder weniger schwerwiegende Einwände erhoben werden.

I. Dies gilt einmal für jene Äußerungen, die sich mit der gesetzlichen Grenzziehung zwischen bürgerlichem und öffentlichem Recht im System der über den Gemeingebrauch hinausgehenden Benutzungsformen befassen.

a) Was zunächst die von Zippelius und Salzwedel vertretene Lehre anbetrifft, so begegnet sie erheblichen Bedenken, soweit sie dazu zwingt, die ausschließlich öffentlich-rechtliche Regelung der Sondernutzungen als nicht erschöpfend anzusehen und demzufolge bei der Begründung einer Sondernutzungsbefugnis außer der öffentlich-rechtlichen Erlaubnis auch noch den Abschluß eines privatrechtlichen Gestattungsvertrages mit dem Eigentümer zu verlangen.

Eine solche Interpretation der fraglichen Gesetzesbestimmungen steht nämlich in klarem Widerspruch zu dem in ihnen zum Ausdruck kommenden, verobjektivierten und damit verbindlichen[2] Willen des Gesetzgebers; denn weder ist in ihnen ausdrücklich das Erfordernis einer neben der behördlichen Erlaubnis herlaufenden privatrechtlichen Vereinbarung statuiert worden, noch läßt auch nur der Gesetzeswortlaut[3] für ein solches bürgerlich-rechtliches Rechtsgeschäft Raum[4].

1) An dieser Unsicherheit vermögen auch die Darlegungen von Spanner nicht viel zu ändern, da auch sie, wie sogleich gezeigt werden wird, nicht gänzlich unanfechtbar sind.
2) Vgl. BVerfG, Urt.v.21.5.1952, BVerfGE 1, 299 ff.(312)
3) "Der Gebrauch der Straßen über den Gemeingebrauch hinaus (Sondernutzung) bedarf der Erlaubnis ..."
4) Andernfalls müßten die einschlägigen Regelungen nämlich folgendermaßen formuliert sein: "Der Gebrauch der Straßen über den Gemeingebrauch hinaus (Sondernutzung) bedarf unbeschadet sonstiger Vorschriften über die Zustimmung des Wegeeigentümers der Erlaubnis ...". In der Tat weist auch § 10 Abs.1 berl StrG eine ähnliche Formulierung auf.

Die hier vertretene Auffassung wird im übrigen bestätigt durch die einschlägigen Gesetzesmaterialien, die anerkanntermaßen[1] als Hilfsmittel der Auslegung berücksichtigt werden dürfen: Auch dort hat der Gesetzgeber zum Teil expressis verbis, zum Teil konkludent zum Ausdruck gebracht, daß er sich für die rein öffentlich-rechtliche Regelung der infragestehenden Nutzungsarten entschieden hat[2]. Angesichts dieser gravierenden - von Zippelius und Salzwedel jedoch nicht berücksichtigten - Argumente müssen aber auch entschiedene Zweifel daran angemeldet werden, ob eine Auslegung nach den Grundsätzen der verfassungskonformen Gesetzinterpretation[3] zu einem anderen Ergebnis führen kann. Damit jedoch muß der gesetzgeberische Wille hinsichtlich der ausschließlich öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung der Sondernutzungen auf jeden Fall als verbindlich betrachtet werden[4], so daß die diesbezüglichen Vorschriften nicht im Sinne von Zippelius und Salzwedel ausgelegt werden können.

b) Ganz ähnliche Einwände müssen sich jedoch auch Schack und de Weldige-Cremer entgegenhalten lassen, die sich in ihren Darlegungen in erster Linie um den Nachweis bemühen, daß die ausschließlich bürgerlich-rechtliche Regelung der über den Gemeingebrauch hinausgehenden, aber ihn nicht beeinträchtigenden Gebrauchsarten (des Eigentums) öffentlicher Straßen verfehlt sei bzw. so eng ausgelegt wer-

1) H.M.; vgl. statt vieler BVerwG,Urt. v. 17.9.1953 = DöV 1954, 30.
2) Vgl. stellvertretend für sämtliche einschlägigen Gesetzesmaterialien die Begründung zu § 8 des Entwurfs des BFStrG, Deutscher Bundestag, 1. Wahlperiode 1949, Drucksache Nr. 4248, wo es unter Z. 2 ausdrücklich heißt: "Die Sondernutzung wurde bisher sowohl als Institut des öffentlichen Rechts als auch des Privatrechts (Eigentum) angesehen. Der Entwurf regelt diese Frage im Sinne der öffentlich-rechtlichen Auffassung ..."
3) Vgl. hierzu beispielsweise Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil § 51 II 4 c S.319; Schack JuS 1961, 269 ff.
4) Im Ergebnis übereinstimmend, wenn auch ohne eine Begründung Zimmbk BayBgm 58, 221; Groebe DöV 58, 835; ders. DVBl 59, 51.

den müsse, daß ihr praktisch kaum mehr ein Anwendungsbereich verbleibt. Auch insoweit steht nämlich der klar zum Ausdruck gebrachte, verobjektivierte und damit verbindlich festgelegte Wille des Gesetzgebers entgegen[1], nach dem die beschriebenen Benutzungsformen bewußt dem bürgerlichen Recht unterstellt worden sind: Die gesetzliche Ausdrucksweise, daß sich die Einräumung derartiger Nutzungsrechte nach bürgerlichem Recht "richten" soll[2], läßt es in dieser Beziehung an Unzweideutigkeit nicht fehlen. Wiederum wird die hier vertretene Auslegung durch die Entstehungsgeschichte[3] des § 8 Abs.10 BFStrG bestätigt, der auch für die Formulierung der einschlägigen Vorschriften der Landesstraßengesetze Vorbild war. Wie die Materialien zum BFStrG nämlich zeigen, hatte es im Entwurf des § 8 Abs.10 zunächst geheißen, daß die fraglichen Nutzungen "nach bürgerlichem Recht zu regeln" seien[4]; auf Vorschlag des Bundesrates ist dieser Wortlaut später jedoch zugunsten der heute gültigen Fassung geändert worden, um wirklich jegliche Zweifel daran auszuschließen, daß in den geregelten Fällen nur eine bürgerlich-rechtliche Vereinbarung in Betracht kommt[5]. Diese Auffassung und ihre gesetzliche Formulierung ist auch in die Straßengesetze der Länder übernommen worden. Eine Interpretation der fraglichen Bestimmungen im Sinne Schacks und de Weldige-Cremers würde sich sonach also in unzulässiger Weise über die Interessenentscheidungen des modernen Wegegesetzgebers hinwegsetzen. Hiergegen müssen jedoch schwere Bedenken angemeldet werden.

1) So neuestens auch Marschall § 8 Anm. 11 b S.338.
2) Vgl. dazu die oben S. 34 Anm.4 angegebenen Nachweise.
3) Der Entstehungsgeschichte einer Bestimmung kommt für die Gesetzesinterpretation im wesentlichen die gleiche Bedeutung zu wie ihrer Begründung; vgl. dazu das schon einmal zitierte Urt. d. BVerfG v. 21.5.1952, BVerfGE 1, 299 ff.(312).
4) Vgl. § 8 Abs.10 Entw. BFStrG, BT-Drucksache 4248.
5) Vgl. dazu BT-Drucksache 4248 S.30: "Durch diese Änderung soll der Anschein vermieden werden, daß behördliche Regelungen Platz greifen können. Für die Einräumung der Rechte sind ausschließlich die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts maßgebend."

Wenn Schack glaubt, dies zum mindesten deshalb tun zu können, weil der Gesetzgeber "über in der Struktur der geltenden Rechtsordnung wurzelnde Elementarsätze nach seinem Gutdünken" verfügt habe, so muß demgegenüber vielmehr festgestellt werden, daß Schacks Darlegungen gerade eine hinreichende Untersuchung darüber vermissen lassen, ob nicht die umstrittenen Vorschriften vielleicht Ausfluß eben eines solchen Elementarsatzes sind[1].

Wenig befriedigend sind auch die Ausführungen von Stern, da es bei unbefangener Betrachtung der in Rede stehenden Normen nicht ohne weiteres ersichtlich ist, wieso der Gesetzgeber Rechtsform und Rechtscharakter der bei Begründung einer Sondernutzungsbefugnis erforderlichen Mitwirkungsakte verkannt haben soll. Die Begründung, die Stern für seine Auffassung gibt, ist jedoch zu wenig ausgeführt, als daß schon hier näher auf sie eingegangen werden könnte. Deshalb muß erst der weitere Verlauf der Untersuchung die Richtigkeit oder Unrichtigkeit[2] der Stern'schen Konzeption erweisen.

c) Schließlich vermag auch die Lehre Spanners nicht ohne weiteres nach jeder Richtung hin zu überzeugen. Zwar deckt sich das von ihm entwickelte Nutzungssystem gänzlich mit der gesetzlichen Systematik. Offen bleibt jedoch vornehmlich die wichtige und tatsächlich ja auch sehr ernsthaft diskutierte Frage, warum der Gesetzgeber die Sondernutzungen ausschließlich öffentlich-rechtlich geregelt und damit die Eigentümerbefugnisse in diesen praktisch bedeutsamsten Fällen - entgegen der bisherigen Rechtstradition - zurückgedrängt hat. Sein Hinweis, daß diese Benutzungsform öffentlich-rechtlich geregelt werden müsse, weil der Gemeingebrauch selbst ein dem öffentlichen Recht angehöriges Rechtsinstitut ist, vermag lediglich die Notwendigkeit der öffent-

1) Das gleiche gilt für die Ausführungen de Weldige-Cremers.
2) Für "völlig abwegig" hält Forsthoff, Enteignung S. 30, die Ansicht von Stern; eine nähere Begründung hierfür gibt Forsthoff allerdings nicht!

lich-rechtlichen Sondernutzungserlaubnis zu erweisen; mit seiner Hilfe kann jedoch nicht erklärt werden, warum nicht neben dieser Erlaubnis auch noch eine privatrechtliche Vereinbarung mit dem Eigentümer erforderlich sein soll. In Wahrheit scheint Spanner dieses Ergebnis indessen aus einem "klaren Begriff der Widmung und ihrer rechtlichen Bedeutung" ableiten zu wollen. Aber auch das ist mindestens schon deshalb kaum einzusehen, weil Spanner nicht einmal den Versuch unternimmt, diesen klaren Widmungsbegriff zu definieren, obwohl er offenkundig im Widerspruch zur gesamten bisher h.L. steht. Vor allem aber lassen seine Ausführungen eine eingehende Auseinandersetzung mit eben dieser h.L. vermissen. Sonach erweist sich also, daß auch Spanners Konzeption nur recht unvollkommen zum Verständnis des neuen Gesetzesrechts beizutragen vermag, da sich die gesetzliche Grenzziehung zwischen dem bürgerlichen und dem öffentlichen Recht im System der nicht gemeingebräuchlichen Benutzungsformen nicht als unbedingt zwingend aus seinen Ausführungen ergibt und damit gleichwohl Raum für umfangreiche Zweifelsfragen und Kritik an den neuen Gesetzen bleibt.

III. Nicht bedenkenfrei erscheinen die bisherigen Stellungnahmen zur gesetzlichen Neuregelung des Sondernutzungsrechts aber auch insoweit, wie in ihnen die Ansicht zum Ausdruck kommt, daß vom modernen Wegegesetzgeber in rechtlich relevanter Weise nicht mehr zwischen zwei verschiedenartigen Sondernutzungsbefugnissen unterschieden worden sei. Hierbei wird nämlich offensichtlich nicht hinreichend berücksichtigt, daß nach den neuen Straßen- und Wegegesetzen die Möglichkeit besteht, die Sondernutzungserlaubnis entweder "auf Zeit" oder "auf Widerruf" zu erteilen[1]. Es kann an dieser Stelle zwar nicht im einzelnen geprüft werden,

1) Vgl. dazu die oben S. 33 Anm. 2 angegebenen Nachweise.

ob und gegebenenfalls welche Auswirkungen diese unterschiedliche Charakterisierung der Sondernutzungserlaubnis auf ihre rechtliche Erfassung hat; die Annahme, daß sie insoweit nicht völlig bedeutungslos ist, drängt sich aber jedenfalls schon nach der äußeren Fassung der Gesetze auf. In dieser Richtung hätte deshalb das gesetzliche Sondernutzungsrecht auch noch näher untersucht werden müssen. Da dies indessen in den eben erwähnten Stellungnahmen nicht geschehen ist, vermögen sie auch unter diesem Gesichtspunkt nicht recht zu überzeugen.

Dritter Teil: ANALYSE UND WÜRDIGUNG DES SONDERNUTZUNGSRECHTS NACH DEN NEUEN STRAßEN- UND WEGEGESETZEN

Die im Vorhergehenden angestellte Betrachtung der bislang vorliegenden einschlägigen Stellungnahmen zum neuen gesetzlichen Sondernutzungsrecht hat zweierlei deutlich werden lassen: Einmal wurde ersichtlich, daß die Bedeutung und Tragweite, ja z.T. sogar die Rechtsverbindlichkeit der wichtigsten in den neuen Straßen- und Wegegesetzen enthaltenen Sondernutzungsbestimmungen bisher umstritten sind und daß hierdurch in diesem Bereich eine erhebliche Rechtsunsicherheit entstanden ist. Und zum anderen ist gezeigt worden, daß und warum es bis dato noch nicht gelungen ist, die gesetzliche Neuregelung der über den Gemeingebrauch hinausgehenden Benutzungsformen öffentlicher Straßen in einer dem Gesetzeswortlaut sowie dem Willen des Gesetzgebers entsprechenden und damit wirklich überzeugenden Weise zu erklären. In Anbetracht dessen erscheint es daher erforderlich, erneut den Versuch zu machen, das Gesetzesrecht zu analysieren und einer kritischen Würdigung zu unterziehen.

I. Kapitel: Die Grundlagen des neuen gesetzlichen Sondernutzungsrechts

Die gesetzliche Neuregelung des Sondernutzungsrechts ist durch mancherlei historische Gegebenheiten, rechtstechnische Erfordernisse, praktische Bedürfnisse und verschiedenartige, nicht zuletzt auch wirtschaftliche Interessen der Beteiligten bestimmt: Einerseits gewinnen allgemeine Lehren des öffentlichen Sachenrechts sowie des allgemeinen Verwaltungsrechts überhaupt gleichermaßen grundlegenden Einfluß auf die Systematik des gesamten Rechtsgebiets wie auch auf die Entscheidung von Einzelfragen; andererseits zwingen die sich aus den Interessen der Beteiligten ergebenden Besonderheiten des Sondernutzungsrechts teilweise zu einer Ergänzung oder Modifizierung der allgemeinen Prinzipien.

Durch diese enge Verflechtung der speziell dem Sondernutzungsrecht eigenen Fragestellungen mit allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts ist in den neuen Straßen- und Wegegesetzen eine Regelung entstanden, die sich dem Verständnis, in ihren Besonderheiten und damit den wirklich problematischen Fragen erst dann richtig erschließt, wenn zuvor durch eine Herausarbeitung und genaue Erfassung dieser allgemeinen Grundlagen eine feste und sichere Basis für die Lösung der sich ergebenden Probleme gewonnen worden ist. Dieser Aufgabe muß sich die Untersuchung deshalb als erstes zuwenden.

§ 10 Begriff und Bedeutung der Sondernutzungen

Ausgangspunkt aller weiteren Erörterungen ist notwendig der Begriff der Sondernutzung. Er bedarf daher zuvörderst einer näheren Betrachtung.

A) Der Begriff der Sondernutzung

Die Sondernutzung ist ebenso wie der Gemeingebrauch eines der zentralen Rechtsinstitute des öffentlichen Sachenrechts. Diese ihre Bedeutung ist vom modernen Wegegesetzgeber anerkannt und dadurch unterstrichen worden, daß er ihren Begriff gesetzlich definiert hat. Wie oben[1] bereits erwähnt wurde, wird sie in allen hier behandelten Straßen- und Wegegesetzen fast wörtlich übereinstimmend als "Gebrauch" oder "Benutzung der (öffentlichen) Straßen über den Gemeingebrauch hinaus" umschrieben[2].

Obwohl diese Begriffsbestimmung erfreulich kurz und prägnant ist, bedarf sie zur Verdeutlichung ihres rechtlichen Gehalts doch einiger weniger Erläuterungen.

I. Zunächst sei in diesem Zusammenhang der Vollständigkeit wegen darauf hingewiesen, daß nach der Konzeption

1) S. 32.
2) Vgl. § 8 Abs.1 BFStrG, Art.18 Abs.1 bay StrWG, § 18 Abs.1 nw StrG, § 16 Abs.1 hess StrG, § 21 Abs.1 schlswholst StrWG, § 18 Abs.1 nds StrG, § 41 Abs.1 rhldpf StrG, § 18 Abs.1 bad-württ StrG.

des modernen Wegegesetzgebers ebenso wie nach bisheriger Rechtsanschauung für den Begriff der Sondernutzung von vornherein jedwede gemeingebräuchlichen Gebrauchsformen ausscheiden: Sondernutzung ist nur eine Benutzung der öffentlichen Straßen "über den Gemeingebrauch hinaus". Das versteht sich jedoch eigentlich von selbst. Da sich dies Merkmal zudem auch aus dem Wortlaut der Legaldefinition selbst unzweideutig ergibt, braucht es hier nicht des weiteren erörtert zu werden.

II. Besondere Aufmerksamkeit verdient indessen das zweite Kennzeichen der gesetzlichen Begriffsbestimmung, weil der Gesetzgeber insoweit die bisher ganz herrschenden Rechtsanschauungen preisgegeben und weitgehend eigene Wege beschritten hat[1]: Die Sondernutzung geht nicht nur über den Gemeingebrauch hinaus, sondern sie beeinträchtigt ihn zugleich auch[2)3)]. Obwohl sich dies der Formulierung der

1) Eine ähnliche Auffassung findet sich allerdings früher bereits bei v. Dassel, Fi.- Zeitschrift f.VerwR 76,16 ff.(20).

2) Von diesem Grundsatz weicht auch das bay StrWG nicht ab, Zwar ist der Art.22 dieses Gesetzes, der die über den Gemeingebrauch hinausgehenden, ihn aber nicht beeinträchtigenden Benutzungsformen regelt, mit den Worten "Sondernutzung - nach bürgerlichem Recht" überschrieben. Dies rechtfertigt jedoch nicht die Annahme, daß es sich dabei nach Auffassung des bayerischen Gesetzgebers um eigentliche Sondernutzungen handelt. Denn einmal dürften die Überschriften zu den einzelnen Bestimmungen des Gesetzes lediglich Zusätze der Gesetzesredaktion sein, die einer stichwortartigen (und damit zwangsläufig unvollkommenen) inhaltlichen Kennzeichnung der betreffenden Regelung dienen sollen, die aber auf deren materiellen Gehalt ohne Einfluß sind. Und zum anderen läßt auch der Gesetzeswortlaut selbst keine gegenteilige Deutung zu, da lediglich in dem die Legaldefinition enthaltenden Art.18 Abs.1, nicht hingegen in Art.22 das Wort "Sondernutzung" erwähnt ist.- Der dargelegten Ansicht kann mit Erfolg auch nicht etwa unter Hinweis darauf entgegen getreten werden, daß eine "Sondernutzung nach bürgerlichem Recht" schon immer der bayerischen Rechtstradition entsprochen habe; vgl. etwa Siedler-Zeitler, StrWG Art.18 Rndn.5 S.152. Denn zunächst muß es nach dem Urteil des bay VGH v. 18.9.1952 = BayBgm 1953, 164, das in diesem Zusammenhang immer herangezogen wird, schon zweifelhaft sein, ob in Bayern bezüglich der dem bürgerlichen Recht zugewiesenen Benutzungsformen überhaupt jemals von "Sondernutzung" gesprochen worden ist: der terminus "Sondernutzung nach bürgerlichem Recht" wird nämlich in dem Urteil nicht verwendet.

Legaldefinition nicht unbedingt beim ersten Hinsehen entnehmen läßt[1], ist es doch unzweifelhaft Bestandteil des neuen Sondernutzungsbegriffs.

a) Das zeigt sich deutlich bei einer systematischen Interpretation der hier einschlägigen Benutzungsvorschriften: Wie oben[2] ebenfalls bereits dargestellt wurde, enthalten nämlich sämtliche hier behandelten Straßen- und Wegegesetze eine ihrem wesentlichen Inhalt nach gleiche Regelung, die die über den Gemeingebrauch hinausgehenden, ihn aber nicht beeinträchtigenden Benutzungsarten (des Eigentums) öffentlicher Straßen ausschließlich den Normen des bürgerlichen Rechts unterstellt. Wenn der Gesetzgeber damit aber

Forts. zu Bl.57

Darüberhinaus aber ist für die Interpretation des geltenden Rechts jedenfalls allein der Gesetzestext maßgebend, und der rechnet, wie dargelegt, die hier in Frage stehenden Gebrauchsarten öffentlicher Straßen eben gerade nicht zu den eigentlichen Sondernutzungen.

3) Unzutreffend ist die Auffassung von de Weldige-Cremer, Benutzung S.71 ff., daß es sich dabei um eine dauernde Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs handeln müsse. De Weldige-Cremer folgert dies aus der ihrem wesentlichen Gehalt nach in allen Straßen- und Wegegesetzen enthaltenen Regelung, nach der die Inanspruchnahme der Straßen für Zwecke der öffentlichen Versorgung auch dann den Vorschriften des bürgerlichen Rechts unterliegt, wenn der Gemeingebrauch dadurch kurzfristig beeinträchtigt wird. Bei dieser Argumentation wird jedoch zweierlei übersehen: Einmal bleibt unberücksichtigt, daß sich die betreffenden Bestimmungen ausdrücklich nur auf die Benutzung der Straßen durch Versorgungsunternehmen, nicht dagegen auf den Gebrauch durch jedermann schlechthin beziehen; schon aus diesem Grunde gehen mithin die Folgerungen, die de Weldige-Cremer für den allgemeingültigen Begriff der Sondernutzung aus ihnen ziehen will, viel zu weit. Zum anderen und vor allen Dingen aber wird dabei völlig außer acht gelassen, daß die betreffenden Vorschriften eine ihrem Charakter nach aus dem gesetzlichen System herausfallende Ausnahmeregelung enthalten, die deshalb auf die Bestimmung des Sondernutzungsbegriffs selbst keinen unmittelbaren Einfluß ausüben kann.- Zum mindesten mißverständlich sind in diesem Punkte auch die Ausführungen Forsthoffs, Enteignung S.31, die in eine ähnliche Richtung wie die Darlegungen de Weldige-Cremers weisen.

1) Vgl. allerdings den Wortlaut des Art.18 Abs.1 bay StrWG.
2) Vgl. S.34.

eine ganz bestimmte Fallgruppe sowohl nach der Tatbestands- wie auch nach der Rechtsfolgeseite hin von der Sondernutzungsregelung ausnimmt, so kann das im Interesse der Widerspruchsfreiheit der gesetzlichen Systematik nur dahin verstanden werden, daß die betreffenden Benutzungsformen dem Sondernutzungsbegriff von vornherein überhaupt nicht unterfallen sollen[1].

b) Teilweise läßt sich dieses Ergebnis darüberhinaus aber auch aus dem Gesetzeswortlaut herleiten: Wenn nämlich in der Legaldefinition nur der "Gebrauch der S t r a ß e n"[2] als Sondernutzung bezeichnet wird, so wird darunter bei unbefangener Betrachtungsweise nur die Benutzung der eigentlichen Verkehrsfläche oder - wie Marschall[3] neuerdings noch treffender formuliert - des Verkehrsraumes zu verstehen sein, so daß auch schon aus diesem Grunde die nicht innerhalb des Verkehrsraumes stattfindenden und damit den Gemeingebrauch nicht beeinträchtigenden Nutzungsarten nicht von dem Sondernutzungsbegriff umfaßt werden. Diese Auslegung wird im übrigen dadurch bestätigt, daß die Mehrzahl der hier behandelten Straßen- und Wegegesetze[4] hinsichtlich der letztgenannten, den Gemeingebrauch nicht beeinträchtigenden Benutzungsformen nicht als von einem "Gebrauch der Straße", sondern als von einer "Einräumung von Rechten zur Benutzung des E i g e n t u m s[5] der Straßen" spricht und hierdurch den

1) Zu dem gleichen Ergebnis kommt Kodal DöV 1960, 446 f per argumentum e contrario. Richtiger erscheint es allerdings, insoweit - wie im Text geschehen - von systematischer Auslegung zu sprechen, da die Schlußfolgerung im Wortlaut der gesetzlichen Begriffsbestimmung selbst keinen hinreichenden Anhaltspunkt findet, sondern nur bei Heranziehung und gemeinsamer Betrachtung auch der übrigen einschlägigen Benutzungsvorschriften gezogen werden kann; vgl. zur Methode der systematischen Auslegung Bartholomeyczik, Gesetzesauslegung S.62 ff. und Wolff, VerwR § 28 III c 3 S.123 f.
2) Hervorhebung vom Verfasser.
3) BFStrG § 8 Rndn.1 S.215.
4) Vgl. § 8 Abs.10 BFStrG, § 23 Abs.1 nw StrG, § 20 Abs.1 hess StrG, § 23 Abs.1 nds StrG.
5) Hervorhebung vom Verfasser.

Unterschied in der Sache auch sprachlich zum Ausdruck bringt.

Einschränkend muß allerdings hinzugefügt werden, daß diese Beweisführung nicht bei allen hier behandelten Straßen- und Wegegesetzen durchgreift. Nach den Formulierungen einiger Landesstraßengesetze[1] ist nämlich auch bei den über den Gemeingebrauch hinausgehenden, ihn aber nicht beeinträchtigenden Gebrauchsarten die "Straße" schlechthin, und nicht das "Eigentum der Straße" Gegenstand der Benutzung. Damit entfallen dann natürlich jene deutlichen verbalen Ansatzpunkte für eine philologische Interpretation der betreffenden Gesetze, wenngleich auch sie sprachlich noch in gewisser Weise differenzieren, da sie hinsichtlich der Sondernutzungen lediglich vom "Gebrauch der Straße", bezüglich der sonstigen Benutzungen aber von der "Einräumung von Rechten zur Benutzung der Straßen" sprechen[2]. Obwohl deshalb eine Analyse des Gesetzeswortlauts bei diesen Gesetzen nicht zu ganz klaren Ergebnissen führt, liegt doch auch ihnen der gleiche, oben gekennzeichnete Sondernutzungsbegriff zugrunde, da jedenfalls das bezüglich der systematischen Auslegung der Benutzungsvorschriften soeben Ausgeführte auch für sie uneingeschränkte Geltung besitzt.

B) Die Bedeutung der Sondernutzungen

Nachdem der gesetzliche Sondernutzungsbegriff im Vorstehenden in theoretischer Hinsicht erörtert worden ist, erscheint es im Interesse der Veranschaulichung und damit der Verdeutlichung des Gesagten zweckmäßig, nunmehr unter Beschränkung auf das Allerwesentlichste ganz kurz auch die praktische Tragweite der neuen Begriffsbestimmung aufzuzeigen. Dabei ist folgendes festzustellen:

I. In den meisten Bereichen deckt sich das Anwendungsgebiet der Sondernutzungsnormen des neuen Gesetzesrechts mit

1) Vgl. Art.22 Abs.1 bay StrWG, § 28 Abs.1 schlswholst StrWG, § 45 Abs.1 rhldpf StrG, § 23 Abs.1 bad-württ StrWG.
2) Vgl. die in der vorigen Anmerkung genannten Bestimmungen.

denen des bisherigen Gewohnheitsrechts, da nach der Legaldefinition - von einer sogleich noch zu besprechenden Ausnahme abgesehen - regelmäßig sowohl die Fälle des bisherigen schlichten Sondergebrauchs (Gebrauchserlaubnis) wie auch die Mehrzahl der bislang zum gesteigerten Sondergebrauch (Nutzungsverleihung) gerechneten Nutzungsarten unter den Begriff der Sondernutzung fallen[1]. Insoweit kann deshalb auf die Darstellung des überkommenen Rechtszustandes im ersten Teil der Untersuchung[2] verwiesen werden, ohne daß an dieser Stelle weitere Erläuterungen erforderlich wären.

II. Daneben hat aber die neue Wegegesetzgebung die praktische Bedeutung des Sondernutzungsrechts gegenüber früher in zweifacher Richtung auch nicht unwesentlich verschoben:

a) Dies ist zunächst einmal eine Folge davon, daß der Sondernutzungsbegriff auf die den Gemeingebrauch beeinträchtigenden Benutzungsformen öffentlicher Straßen eingeschränkt worden ist und damit die über den Gemeingebrauch hinausgehenden, ihn aber nicht beeinträchtigenden Gebrauchsarten im Gegensatz zu den bislang herrschenden Rechtsanschauungen von nun an nicht mehr von den Sondernutzungsvorschriften erfaßt werden[3]. Zwar fällt die hierdurch bewirkte Änderung ihrem Umfang nach nicht so sehr ins Gewicht, da die von ihr betroffene Fallgruppe rein zahlenmäßig nur einen relativ kleinen Ausschnitt aus der Gesamtheit derjenigen Nutzungen bildet, die früher dem Sondernutzungsrecht zugerechnet wurden. Es handelt sich dabei z.T. jedoch um Vorgänge, die von großer wirtschaftlicher Bedeutung für die daran Beteiligten sind. Dies gilt natürlich vor allem für die Inanspruchnahme des Straßenkörpers zum Verlegen von Versorgungsleitungen und Pipelines, bei der infolge der heutigen technischen Möglichkeiten der Gemeingebrauch in aller Regel überhaupt nicht oder

1) So beispielsweise auch Marschall, BFStrG § 8 Rndn.1 S.297; Fritsch-Golz, StrG § 18 Anm. 1 S.98; Zimnick, StrWG Art.18 Anm.2 S.83.
2) Vgl. vor allem oben S. 16ff.
3) Vgl. dazu oben S. 31 ff.

allenfalls nur für "kurze Dauer" beeinträchtigt werden wird[1] und die deshalb normalerweise in einem bürgerlich-rechtlichen Gestattungsvertrag mit dem Eigentümer des Straßengrundes geregelt werden kann[2]. Freilich lassen sich neben solchen Fällen unzweifelhaft auch zahlreiche Gebrauchsarten finden, die in der Praxis kaum eine, und schon gar keine wirtschaftlich wichtige Rolle mehr spielen: Es sei nur etwa an die in diesem Zusammenhang immer wieder genannte Gras- und Obstbaumnutzung erinnert. Immerhin muß aber bei all diesen Überlegungen auch berücksichtigt werden, daß im Laufe der weiteren Entwicklung die Bedeutung der dem bürgerlichen Recht zugewiesenen und damit dem Sondernutzungsrecht entzogenen Benutzungsformen mit Wahrscheinlichkeit jedenfalls für die öffentliche Versorgung noch sehr viel mehr zunehmen wird, da einerseits der ständig wachsende Energiebedarf auf die Dauer nicht ohne einen wesentlichen Ausbau des Leitungsnetzes befriedigt werden können wird und andererseits die öffentlichen Verkehrswege immer mehr auch als Wege für die Versorgungsleitungen benutzt werden. Insgesamt gesehen läßt sich deshalb sagen, daß von der Einschränkung des Sondernutzungsbegriffs neben mehr oder weniger belanglosen Gebrauchsarten z.T. auch sehr wichtige Fälle mit großer wirtschaftlicher Bedeutung betroffen sind und daß mithin die Legaldefinition schon unter diesem Gesichtspunkt eine durchaus erhebliche praktische Tragweite besitzt.

b) Die andere Komponente in der neuen Wegegesetzgebung, die - verglichen mit früher - zu einer gewissen Ver-

1) So auch Forsthoff, Enteignung S.31; von der Grundlage seiner - oben S. 50 ff. allerdings bereits abgelehnten - Auffassung aus konsequent ist auch hier a.A. Schack, Gutachten S.51.

2) Um einen gewissen Eindruck von der wirtschaftlichen Bedeutung derartiger Inanspruchnahmen des Straßengrundes zu vermitteln, sei darauf hingewiesen, daß z.B. im Bereich der Elektrizitätswirtschaft die sogen. Konzessionsabgaben bis zu 20% des gesamten Strompreises ausmachen; vgl. dazu den Bericht: "Wegerecht - Hindernis für billigen Strom" in FAZ vom 23.2.1963 Blatt 7.

lagerung der praktischen Bedeutung des Sondernutzungsrechts geführt hat, liegt in der neuartigen Grenzziehung zwischen den Sondernutzungen und dem Gemeingebrauch. Daß der Gesetzgeber auch in dieser Hinsicht Regelungen getroffen hat, die sich von dem überkommenen Rechtszustand deutlich unterscheiden, läßt sich zwar weniger den in den neuen Straßen- und Wegegesetzen enthaltenen Vorschriften über die Sondernutzungen selbst entnehmen. Es ergibt sich jedoch zweifelsfrei aus den Bestimmungen über den Gemeingebrauch:

Dieser ist nämlich nach dem neuen Wegerecht per definitionem auf die Benutzung der Straßen "zum Verkehr" eingeschränkt worden[1)2)]. Das aber bedeutet, daß sowohl die Inanspruchnahme der Straßen zum Zwecke der Gewerbeausübung, und zwar auch soweit sie früher als gemeingebräuchlich angesehen wurde, wie vor allen Dingen auch Nutzungsformen, die bislang dem gesteigerten Gemeingebrauch zugezählt wurden, unter der Geltung der neuen Straßen- und Wegegesetze nicht mehr zum Gemeingebrauch gerechnet werden können, sondern - weil sie über diesen hinausgehen und ihn zugleich auch beeinträchtigen - als Sondernutzungen qualifiziert werden

1) Vgl. § 7 BFStrG, Art.14 bay StrWG, § 14 nw StrG, § 20 schlswholst StrWG, § 14 nds StrG. In § 14 hess StrG, § 15 bad-württ StrG und § 34 rhldpf StrG werden die Worte "zum Verkehr" bei der Bestimmung des Gemeingebrauch-Begriffs zwar nicht verwendet. Gleichwohl liegt auch diesen Landesstraßengesetzen der im oben dargelegten Sinne eingeschränkte Begriff des Gemeingebrauchs zugrunde; dies folgt unzweideutig aus den übrigen in ihnen enthaltenen Vorschriften über den Gemeingebrauch und insbesondere auch die Widmung; vgl. § 4 hess StrG, § 5 Abs.6 sowie § 2 Abs.1 bad-württ StrG und § 34 Abs.2 u.3 sowie § 36 rhldpf StrG.

2) Im einzelnen kann und braucht dies im Rahmen der vorliegenden Untersuchung nicht begründet oder auch nur erläutert zu werden, da es sich dabei für die hier gestellte Aufgabe nur um ein Randproblem handelt. Insoweit kann deshalb auf das zur neuen gesetzlichen Gemeingebrauchsregelung bereits vorliegende Schrifttum verwiesen werden; vgl. dazu insbesondere auch Kodal, DöV 1960, 444 ff. (447).

müssen[1]. Es liegt auf der Hand, daß dies für die Rechtspraxis grundsätzlich von großer Bedeutung ist. Zwar werden die davon betroffenen Fälle wirtschaftlich in aller Regel weniger ins Gewicht fallen. Rein quantitativ gesehen aber wird hierdurch der Anwendungsbereich des Sondernutzungsrechts nicht unwesentlich vergrößert[2].

In ihrer praktischen Wirkung wird diese Einengung des Gemeingebrauch-Begriffs allerdings abgeschwächt durch eine andere Regelung, die sich ihrem wesentlichen Inhalt nach ebenfalls in allen hier behandelten Straßen- und Wegegesetzen findet. Danach sind die Gemeinden mit Zustimmung (Genehmigung) der nächst höheren, jeweils zuständigen Verwaltungsbehörde[3] berechtigt, die dem Sondernutzungsrecht unterfallenden Nutzungsarten an innerhalb geschlossener Ortschaften verlaufenden Straßen durch örtliche Vorschriften (Satzungen) "abweichend" von den in den Straßen- und Wegegesetzen enthaltenen Bestimmungen über die Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen zu regeln[4][5]. "Abweichend regeln"

1) In diesem Sinne auch Marschall, BFStrG § 8 Rndn 1 S.297; Zimnick, StrWG Art.18 Anm.2 S.83; Fritsch-Golz, StrG § 18 Anm.1 S.98; de Weldige-Cremer, Benutzung S.30 ff. Kodal, DöV 1960, 444 ff. (447); Wicher, DVBl 1963, 420; Jahn, NJW 1961, 2196; Bochalli, DVBl 1959, 614; ders., Besonderes Verwaltungsrecht § 63 I 3 S.304; Wolff, Öffentliche Sachen 1 f S.37; vgl. aber auch Wolff, VerwR § 58 III a S.339, der die herkömmlichen Anliegerrechte kraft alten Gewohnheitsrechts auch praeter oder sogar contra legem als fortbestehend behandelt.

2) Vgl. auch Schack, Sondernutzung S.58.

3) Meist handelt es sich dabei um einen Träger der Straßenbaulast oder eine Straßenaufsichtsbehörde.

4) Vgl. § 8 Abs.7 BFStrG, Art.50 bay StrWG, § 19 Abs.3 nw StrG, § 37 hess StrG, § 42 Abs.2 rhldpf StrG, § 51 nds StrG, § 23 schlswholst StrWG, § 18 Abs.8 bad-württ StrG. In einigen der genannten Bestimmungen wird nicht, wie im Text, von "innerhalb geschlossener Ortschaften verlaufenden Straßen" o.ä. gesprochen, sondern es werden ausdrücklich nur die "Gemeindestraßen" genannt. Dieser Ausdruck wird jedoch nicht so verstanden werden dürfen, daß damit nur die Gemeindestraßen i.e.S. erfaßt werden sollten; vielmehr muß nach Sinn und Zweck der ganzen Regelung davon ausgegangen werden, daß damit alle innerhalb einer Gemeinde verlaufenden Straßen gemeint sind. Die Richtigkeit dieser Interpretation zeigt sich im übrigen auch an dem Zustimmungs- (Genehmigungs-) Erfordernis

aber bedeutet in diesem Zusammenhang vornehmlich, daß die Benutzung der Straßen über den Gemeingebrauch hinaus auch ohne die vorherige Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis und ohne die Entrichtung von Sondernutzungsgebühren für zulässig erklärt werden kann[1]. Hierdurch hat der Gesetzgeber den Gemeinden die Möglichkeit eingeräumt, den örtlichen Verhältnissen und Gepflogenheiten Rechnung zu tragen und insbesondere auch die Bedürfnisse der Anlieger in einer ihrem Interesse entsprechenden Weise zu berücksichtigen. Unbillige Härten, die die Einengung des Gemeingebrauch-Begriffs auf den Verkehrszweck gerade auch für die Anlieger mit sich bringen kann, können demnach also jedenfalls vermieden werden. Zutreffend weist Kodal[2] in diesem Zusammenhang darauf hin, daß es nunmehr weitgehend bei den Gemeinden liegt, bisher ohne weiteres zulässige Benutzungsformen einzuschränken und andere, bislang erlaubnisgebundene Gebrauchsarten freizugeben. Immer aber bleibt dabei zu beachten, daß die Kommunen durch den Erlaß derartiger Satzungen die jeweils geregelten Nutzungsarten nicht etwa zum Gemeingebrauch erklären können: rechtlich gesehen handelt es sich vielmehr

---

Forts.v.Bl.64

seitens der nächst höheren Verwaltungsbehörde, das gerade nur bei dieser Auslegung wirklich berechtigt erscheint.- Eine Ausnahme bilden insoweit nur das hess StrG und das bad-württ StrG, nach denen die gemeindlichen Satzungen keiner Zustimmung oder Genehmigung bedürfen.

5) Noch weiter gehen in dieser Richtung die §§ 64 Abs.3 nw StrG und 62 Abs.3 schlswholst StrWG, nach denen der bislang übliche Gebrauch an den Gemeindestraßen, auch soweit er über den Gemeingebrauch hinausgeht, bis zum Erlaß einer Satzung zugelassen bleibt.- Vgl. in diesem Zusammenhang ferner auch Marschall, BFStrG § 8 Rndn. 8 S.324 f, der für den Geltungsbereich des BFStrGes eine ganz ähnliche Auffassung vertritt, ohne sich insoweit allerdings auf den Gesetzeswortlaut stützen zu können.

1) So auch Kodal, DöV 1960, 448 und Jahn, NJW 1961, 2197; vgl. ferner Sieder-Zeitler, StrWG Art. 50 Rndn 10 u.11 S.380.

2) DöV 1960, 448.

auch bei einer in diesem Sinne freigegebenen Inanspruchnahme der Straße immer um eine Sondernutzung, die dem Gemeingebrauch infolge ihrer Erlaubnisfreiheit, Gebührenfreiheit, o.a. lediglich ähnelt[1].

Diese in den neuen Straßen- und Wegegesetzen enthaltenen Bestimmungen über den Gemeingebrauch sind wegen der Einengung des Gemeingebrauch-Begriffs auf den Verkehrszweck und der dadurch bedingten Erweiterung des Geltungsbereiches der Sondernutzungsvorschriften im Schrifttum auf harte Kritik gestoßen[2]. Die gegen sie erhobenen Bedenken sind teils juristischer und teils praktischer Natur und gehen in der Mehrzahl so weit, daß sich die betreffenden Autoren über das neue Gesetzesrecht weitgehend hinwegsetzen und das überkommene Gewohnheitsrecht praeter oder sogar contra legem einfach als fortbestehend ansehen. Nun würde es sowohl über die Aufgabe wie auch über den Rahmen der vorliegenden Untersuchung weit hinausgehen, wenn auch all die damit zusammenhängenden Fragen noch erörtert würden. Es kann deshalb insoweit lediglich auf das einschlägige Schrifttum verwiesen werden, das sich mit diesen Problemen bereits auseinandergesetzt hat[3]. An dieser Stelle sei dazu nur folgendes bemerkt: Soweit die Einwände gegen die fraglichen Gesetzesbestimmungen juristischen Charakter besitzen, halten sie durchweg einer kritischen Betrachtung nicht stand[4]; und soweit die Kritik mit Praktikabilitätserwägungen begründet wird, werden dabei m.E. jene Vorschriften in den Straßen- und Wegegesetzen übersehen, die den Gemeinden die Möglichkeit geben, etwa auch aus dieser Richtung drohenden Schwierigkeiten unverzüglich und wirksam zu begegnen oder

1) Ebenso Kodal, DöV 1960, 448; Sieder-Zeitler, StrWG Art. 50 Rndn 9 ff. S.379 f; Jahn NJW 1961, 2197.
2) Vgl. dazu anstatt vieler Kodal, DöV 1960, 449 f und de Weldige-Cremer, Benutzung S.25 ff. mit weiteren ausführlichen Nachweisen.
3) Vgl. dazu vor allem die bereits mehrfach zitierte, recht ausführliche Abhandlung von Kodal, DöV 1960, 444 ff. (450 ff).
4) Vgl. dazu vor allem Kodal, DöV 1960, 450 ff.

gar vorzubeugen. Sonach besteht also kein hinreichender Anlaß, die neue gesetzliche Abgrenzung zwischen dem Gemeingebrauch und den Sondernutzungen nicht als unbedingt rechtsverbindlich zu betrachten. Deshalb muß, ungeachtet der zahlreichen Gegenstimmen, auch für die vorliegende Untersuchung davon ausgegangen werden, daß die praktische Bedeutung des Sondernutzungsrechts grundsätzlich in eben demselben Maße gewachsen ist, wie der Geltungsbereich der Vorschriften über den Gemeingebrauch in dem dargelegten Sinne beschränkt worden ist.

§ 11 Die allgemeinen dogmatischen Grundlagen des Sondernutzungsrechts

Nachdem im Vorhergehenden die Legaldefinition der Sondernutzung des näheren betrachtet und dabei der Gegenstand der Untersuchung auch vom Begrifflichen her genauer eingegrenzt worden ist, sollen nunmehr die allgemeinen dogmatischen Grundlagen des Sondernutzungsrechts erörtert werden, soweit sie sich nicht im Sondernutzungsrecht selbst, sondern im Wegerecht im allgemeinen finden und damit letztlich auch Probleme des öffentlichen Sachenrechts schlechthin sind. Gewicht besitzen unter diesem Blickwinkel vor allem zwei Probleme: Es handelt sich um die Fragen nach der allgemeinen Rechtslage und nach dem Inhalt und Umfang der öffentlichen Zweckbestimmung der öffentlichen Straßen. Obwohl dem allgemeinen Charakter dieser Fragestellungen entsprechend auch die Antworten des Gesetzgebers auf sie nicht in erster Linie oder zum mindesten nicht ausschließlich für das Sondernutzungsrecht von Interesse sind, besitzt seine diesbezügliche Stellungnahme doch gerade auch für die hier behandelte Problematik in mehrfacher Hinsicht eine so maßgebliche, ja geradezu grundlegende Bedeutung, daß es im Interesse einer festen und sicheren Ausgangsposition für die weiteren Überlegungen geboten erscheint, sie vorab in dem Abschnitt über die "Grundlagen des Sondernutzungsrechts" einer Klärung zuzuführen.

A) Die Rechtslage der öffentlichen Straßen und Wege

Keine besonderen Schwierigkeiten wirft die Frage auf, welche Rechtsstellung die öffentlichen Straßen und Wege nach den hier behandelten Straßen- und Wegegesetzen besitzen. Schon eine einfache Prüfung der einschlägigen Gesetzesstellen zeigt nämlich deutlich, daß der Gesetzgeber insoweit der früher ganz herrschenden Meinung in Schrifttum und Rechtsprechung gefolgt ist und den neuen Gesetzen die Lehre vom modifizierten Privateigentum[1] zugrunde gelegt hat. Dies ergibt sich aus einigen Regelungen, die - ungeachtet ihrer z.T. voneinander abweichenden Formulierungen - in ihrem wesentlichen Inhalt fast durchweg in allen Straßen- und Wegegesetzen enthalten sind, und in denen die tragenden Grundgedanken dieser Lehre, jedenfalls soweit sie für eine Kodifizierung des Wegerechts von Belang sind, unzweideutigen Ausdruck gefunden haben.

Hingewiesen sei hier zunächst auf eine Regelung, nach der das an den Straßengrundstücken bestehende zivilrechtliche Eigentum unter bestimmten, hier nicht weiter interessierenden Voraussetzungen auf den jeweils zuständigen Träger der Straßenbaulast übergeht, soweit es ihm bis dahin noch nicht zustand[2]; ferner seien jene Bestimmungen erwähnt, nach denen die Widmung eines Straßengrundstückes nicht notwendig voraussetzt, daß der zuständige Verwaltungsträger schon Eigentümer des betreffenden Grund und Bodens ist, sondern nach denen dafür auch die Zustimmung des Eigentümers oder eines sonst zur Nutzung dinglich Berechtigten ausreicht[3]. Es ist unschwer zu erkennen, daß damit jener wichtige, auch bisher schon anerkannte[4] Ausgangspunkt

1) Zur Terminologie vgl. oben S. 10 Anm.1.
2) Vgl. § 6 BFStrG, Art.11 bay StrWG, § 10 nw StrG, § 17 schlswholst StrWG, § 11 hess StrG, § 11 nds StrG, § 31 rhldpf StrG, § 11 Abs.1 bad-württ StrG.
3) Vgl. § 2 Abs.2 BFStrG, Art. 6 Abs.3 bay StrWG, § 6 Abs.2 nw StrG, § 6 Abs.3 schlswholst StrWG, § 4 Abs.2 hess StrG, § 6 Abs.2 nds StrG, § 36 Abs.2 rhldpf StrG, § 5 Abs.1 bad-württ StrG.
4) Vgl. oben S. 10 ff.

der Lehre vom modifizierten Privateigentum in die neue Wegegesetzgebung eingegangen ist, der sich etwa dahin zusammenfassen läßt, daß das an einer Sache bestehende Privateigentum durch deren Zuordnung an einen Verwaltungsträger nicht etwa, wie beispielsweise beim öffentlichen Eigentum i.S. O. Mayers, zu bestehen aufhört, sondern daß auch die öffentlichen Sachen grundsätzlich Gegenstand privatrechtlichen Eigentums sind, dessen Inhaber sowohl ein Träger öffentlicher Verwaltung wie auch eine Zivilperson[1] sein kann. Schließlich ist unter diesem Blickwinkel noch eine dritte Norm von gewissem Interesse, nach der die Straßenbaulastträger verpflichtet sind, das Eigentum oder ein sonstiges dingliches Recht an den für eine Straße in Anspruch genommenen Grundstücken zu erwerben, wenn der Eigentümer oder ein dinglich Berechtigter es beantragt[2]: auch dies Gebot baut letztlich auf dem eben erwähnten Gedanken auf.

Ganz besondere Bedeutung endlich kommt in diesem Zusammenhang einer weiteren Regelung zu, nach der "durch privatrechtliche Verfügungen oder durch Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung über die der Straße dienenden Grundstücke oder Rechte an ihnen die Widmung nicht berührt" wird[3]; einige Landesgesetzgeber haben diese Vorschrift überdies noch durch eine Bestimmung ergänzt[4], nach der auch durch ein im Wege der Enteignung verliehenes Recht die öffentliche Zweckbindung der Straße nicht beeinträchtigt werden darf[5]. In diesen Regelungen hat - wie ohne weiteres ersichtlich ist -

1) Zur Terminilogie oben S.10 Anm.4.
2) Vgl. Art.13 Abs.2 ff. bay StrWG, § 1 Abs.1-3 nw StrG, § 18 Abs.2 ff. schlswholst StrWG, § 13 Abs.2 ff. hess StrG, § 13 Abs.1-3 nds StrG, § 33 Abs.2 ff. rhldpf StrG, § 14 Abs.2 und 3 bad-württ StrG.
3) Vgl. § 2 Abs.3 BFStrG, Art.6 Abs.5 bay StrWG, § 6 Abs.4 nw StrG, § 6 Abs.6 schlswholst StrWG, § 4 Abs.4 hess StrG, § 6 Abs.4 nds StrG, § 36 Abs.4 rhldpf StrG, § 5 Abs.8 bad-württ StrG.
4) Vgl. beispielshalber die Begründung zu § 25 des Entwurfs eines nw Straßengesetzes.
5) Vgl. § 24 nw StrG, § 22 hess StrG.

die Lehre vom modifizierten Privateigentum ihren deutlichsten Niederschlag gefunden, denn hier ist deren wohl wichtigster Grundsatz: daß die öffentliche Zweckbestimmung der Straße vor allen anderen auf die Sache bezogenen Befugnissen, insbesondere auch denen des Eigentümers, den absoluten Vorrang hat, gesetzlich formuliert worden. Wegen ihres engen Zusammenhanges mit diesem Gedanken sei hier endlich noch eine dritte Regelung erwähnt, nach der dem Träger der Straßenbaulast, insoweit er nicht Eigentümer der für eine Straße in Anspruch genommenen Grundstücke ist, die Ausübung der Eigentümerrechte und -pflichten in dem Umfange zusteht, wie es die Aufrechterhaltung des Gemeingebrauchs[1)] erfordert: auch hier liegt unverkennbar dasselbe Prinzip zugrunde.

Neben den vorgenannten Bestimmungen, in denen Aussagen über die Rechtslage der öffentlichen Verkehrswege im allgemeinen enthalten sind, finden sich in den neuen Straßen- und Wegegesetzen auch noch einige andere Vorschriften, die ebenfalls nur vom Boden der Lehre vom modifizierten Privateigentum aus verständlich sind. Insoweit handelt es sich jedoch nicht um Normen mit allgemeinem Inhalt in dem eben umschriebenen Sinne, sondern um Regelungen ganz bestimmter Einzelfragen des Wegerechts, die ihre spezifische Ausgestaltung erst als Folge davon erhalten haben, daß sich der Gesetzgeber im Grundsätzlichen für die Lehre vom modifizierten Privateigentum entschieden hat. Es ist deshalb nicht erforderlich, auch sie an dieser Stelle noch näher zu erörtern. Vielmehr werden sie, soweit sie für die vorliegende Untersu-

1) Vgl. Art.13 Abs.1 bay StrWG; § 11 Abs.4 nw StrG; § 18 Abs.1 schlswholst StrWG; § 13 Abs.1 hess StrG; § 13 Abs.4 nds StrG; § 33 Abs.1 rhldpf StrG; § 14 Abs.1 bad-württ StrG. Der systematischen Stellung und Bedeutung der Vorschrift entsprechend hätte der Gesetzgeber hier besser von "öffentlicher Zweckbestimmung", "Widmungszweck" o.ä. anstatt von "Gemeingebrauch" gesprochen. Gleichwohl ist dieser kleine sprachliche Fehlgriff unschädlich, da sich nach den hier behandelten Straßen- und Wegegesetzen die öffentliche Zweckbestimmung nach Inhalt und Umfang mit dem Gemeingebrauch deckt; vgl. dazu unten S. 72 ff (insbes.S. 73).

chung überhaupt relevant sind, in dem Zusammenhang behandelt werden, in dem sie auch für das Sondernutzungsrecht unmittelbare Bedeutung besitzen.

Obwohl sich sonach schon den neuen Straßen- und Wegegesetzen selbst die Antwort auf die Frage nach der Rechtsstellung der öffentlichen Verkehrswege entnehmen läßt, hat der Wegegesetzgeber seiner diesbezüglichen Konzeption darüberhinaus auch noch in den Gesetzesmaterialien Ausdruck verliehen. Dort ist - teils ausdrücklich, teils sinngemäß - übereinstimmend dargelegt, daß in dieser Hinsicht nicht an die Schaffung eines öffentlichen Eigentums i.S. O.Mayers gedacht wurde, sondern daß die auch bislang in Rechtslehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätze über die Rechtslage der öffentlichen Sachen übernommen worden sind[1].

In Anbetracht dieser eindeutigen Stellungnahme des Gesetzgebers sei abschließend nur noch der Vollständigkeit halber erwähnt, daß auch im Schrifttum - jedenfalls im Ergebnis - ungeteilte Einigkeit darüber besteht, daß den hier behandelten Straßen- und Wegegesetzen die Lehre vom modifizierten Privateigentum zugrunde liegt[2].

Wie sich danach die Rechtslage der öffentlichen Verkehrswege im einzelnen darstellt, braucht hier jedoch nicht mehr näher dargestellt zu werden. Vielmehr kann insoweit auf das verwiesen werden, was oben[3] bereits zur Lehre vom modifizierten Privateigentum ausgeführt wurde, da dies entsprechend dem eben Gesagten auch nach dem Erlaß der neuen Straßen- und Wegegesetze uneingeschränkt Gültigkeit besitzt.

1) Vgl. statt sämtlicher Materialien zu allen hier behandelten Straßen- und Wegegesetzen die Ziffern 2 und 3 der Begründung zu § 2 des Entwurfes zum BFStrG, BT-Drucksache 4248 (1. Wahlperiode 1949).
2) Vgl. Fischerhof, DöV 1957, 309; Forsthoff, Enteignung S.28 ff.; Marschall, BFStrG § 2 Rndn 3 S.52 ff.; Fritsch-Golz, StrG § 6 Anm. 7 S.73; Salzwedel PersVerk 1960, 86; Schack, Sondernutzung S.58; Sieder-Zeitler, StrWG Art.6 Rndn.38 ff. S.54 ff.; Stern, Konzessionsvertrag S.158 ff. (insbes. 160 Anm.79); Zimniok, StrWG Art.6 Anm.17 S.55 f; Zippelius, Grundfragen, DöV 1958, 840.
3) S. 10 ff.

B) Die öffentliche Zweckbestimmung der öffentlichen Straßen und Wege

Eine ähnliche klare Entscheidung wie bezüglich der Rechtslage der Verkehrswege hat der moderne Wegegesetzgeber auch in der Frage nach Inhalt und Umfang der öffentlichen Zweckbestimmung der Straßen getroffen.

Wie oben[1] bereits dargelegt wurde, bestand ja in dieser Hinsicht bis zum Erlaß der neuen Straßen- und Wegegesetze keine Einigkeit: Während die Verwaltungspraxis, die Rechtsprechung und ein kleiner Teil des Schrifttums die Ansicht vertraten, daß die öffentliche Zweckbestimmung der Verkehrswege auf die gemeingebräuchlichen Benutzungsformen beschränkt sei, überwog in der Wissenschaft die Auffassung, daß auch der schlichte Sondergebrauch (Gebrauchserlaubnis) noch von der öffentlichen Zweckbindung der Straße gedeckt werde. Diesem Meinungsstreit ist nunmehr durch das geltende Gesetzesrecht die Basis entzogen worden. Zwar finden sich in den Straßen- und Wegegesetzen keine Vorschriften, die ausdrücklich etwas über den Inhalt und Umfang der öffentlichen Zweckbestimmung der Straßen aussagen. Doch enthalten sie sämtlich Bestimmungen, durch die gleichsam der Zweck der Widmung der Verkehrswege festgelegt wird. Das aber ist im gegenwärtigen Zusammenhang deshalb von Bedeutung, weil die Widmung nach allgemeiner Ansicht[2] nicht nur die Funktion hat, einer Sache überhaupt erst den Rechtscharakter einer öffentlichen Sache zuzuweisen, sondern weil durch sie zugleich auch der öffentliche Zweck bestimmt wird, dem die Sache dienen soll. Aus diesem Grunde lassen diese Regelungen einen sicheren Rückschluß darauf zu, welchen Inhalt und Umfang die öffentliche Zweckbestimmung der Straßen nach dem Willen des Wegegesetzgebers haben soll. Unter diesem Gesichtspunkt sind hier einmal die Vorschriften zu nennen, nach denen öf-

1) S. 22 f.
2) Vgl. statt vieler Wolff, VerwR I § 56 I S.335.

fentlichen Straßen i.S. der Straßen- und Wegegesetze nur diejenigen Straßen, Wege und Plätze sind, die "dem öffentlichen Verkehr gewidmet" sind[1]; und zum anderen seien jene in der Mehrzahl der hier behandelten Gesetze enthaltenen Bestimmungen speziell über die Widmung erwähnt, in denen darüberhinaus noch einmal ausdrücklich angeordnet ist, daß die Widmung der Straßen "für den öffentlichen Verkehr" verfügt wird[2]. Soll hiernach also der Dienst für den öffentlichen Verkehr den Widmungszweck der Straße bilden, so ist damit - entsprechend dem soeben Ausgeführten - zugleich auch die öffentliche Zweckbestimmung umschrieben, der die öffentlichen Straßen nunmehr dienen sollen. Dabei ist allerdings unter "öffentlichem Verkehr" nicht jede Inanspruchnahme der Straßen "zum Zwecke der Ortsveränderung" oder gar zu allen anderen mit einer solchen Ortsveränderung nur zusammenhängenden bzw. dadurch bedingten Zwecken zu verstehen. Vielmehr hat der Gesetzgeber mit der ausdrücklichen Beschränkung der öffentlichen Zweckbestimmung auf den ö f f e n t l i c h e n Verkehr unzweideutig zum Ausdruck gebracht, daß diese nur diejenigen (verkehrsmäßigen) Nutzungsarten umfassen soll, die einer unbestimmten Personenvielheit ohne förmliche Zulassung "offen" stehen[3], die also jedermann zulassungsfrei erlaubt sind[4]. Prüft man, welche Nutzungen danach insoweit in Betracht kommen, so zeigt sich, daß dies sowohl nach den überkommenen Rechtsanschauungen wie auch nach dem geltenden Gesetzesrecht nur die gemeingebräuchlichen Benutzungsformen sind, so daß sonach also

1) Vgl. § 1 BFStrG, Art.1 bay StrWG, § 2 nw StrG, § 2 schlswholst StrWG, § 2 hess StrG, § 2 nds StrG, § 2 rhldpf StrG, § 2 badwürtt StrG.
2) Vgl. § 6 nw StrG, § 6 schlswholst StrWG, § 4 hess StrG, § 6 nds StrG, § 36 rhldpf StrG, § 5 Abs.6 badwürtt StrG.
3) Die im Text vertretene Auslegung des Wortes "öffentlich" entspricht der ganz h.M.; vgl. dazu statt vieler Wolff, VerwR I § 2 II b 1 S.10 mit weiteren Nachweisen.
4) Neuestens in Ergebnis und Begründung ebenso Kodal, Straßenrecht S.876.

im Ergebnis die öffentliche Zweckbestimmung de lege lata nur diejenigen (verkehrsmäßigen) Benutzungen der Straßen umfaßt, die im Rahmen des Gemeingebrauchs liegen. - Mit dieser Feststellung wird weder verkannt, daß sich die Widmung nicht unmittelbar auf den Gemeingebrauch bezieht, noch gar, daß sich die (auch) in der Widmung festgelegte öffentliche Zweckbestimmung der Straßen begrifflich keineswegs mit dem Gemeingebrauch deckt. Vielmehr soll damit nur gesagt sein, daß hier lediglich kraft des erklärten Willens des Wegegesetzgebers die öffentliche Zweckbestimmung der Straßen und der Gemeingebrauch ihrem Umfang nach kongruent sind.

Dieses Ergebnis wird aber darüberhinaus auch noch durch eine allgemeine Überlegung bestätigt. Hätte nämlich der Gesetzgeber die öffentliche Zweckbestimmung nicht lediglich auf die gemeingebräuchlichen Benutzungsformen der Straßen beschränken, sondern sie auch auf einige über den Gemeingebrauch hinausgehende und damit dem Sondernutzungsrecht zugehörige Nutzungsarten erstrecken wollen, so wäre es mit Rücksicht auf die sich daraus für die rechtliche Beurteilung dieser letzteren Nutzungen ergebenden Konsequenzen nur folgerichtig gewesen, wenn er diese einer eigens dafür vorgesehenen Zulassungsform, hier etwa in Gestalt der Sondernutzungserlaubnis auf Widerruf unterstellt hätte. Dazu aber hätte er den Anwendungsbereich dieser Erlaubnis mit Hilfe deskriptiver, auf die Art und Weise bzw. die Intensität der Benutzung abstellender Tatbestandsmerkmale näher eingrenzen und somit von den anderen Sondernutzungsformen absetzen müssen, da sich nur unter dieser Voraussetzung feststellen ließe, ob sich eine Inanspruchnahme der Straße noch im Rahmen ihrer öffentlichen Zweckbestimmung hält und deshalb der dafür vorgesehenen Regelung unterfällt oder nicht. Wie schon ein kurzer Blick in die Straßen- und Wegegesetze zeigt, hat der Gesetzgeber hier jedoch eine derartige tatbestandliche Unterscheidung der beiden Sondernutzungserlaubnisse nicht vorgenommen, sondern sich in den insoweit einschlägigen Vorschriften lediglich auf die An-

ordnung beschränkt, daß eine Sondernutzungserlaubnis "nur auf Zeit oder auf Widerruf erteilt werden" darf[1]. Soll hiernach aber die Art und Weise bzw. die Intensität der dem Sondernutzungsrecht zugehörigen Benutzungsformen für ihre rechtliche Behandlung ohne spezifischen Belang sein, so zwingt dies zu der Annahme, daß sie im Hinblick auf die öffentliche Zweckbestimmung der Straßen nach dem Willen des Gesetzgebers alle als gleichwertig anzusehen sind. Da indessen ernstlich nicht davon ausgegangen werden kann[2], daß sie sämtlich noch von der öffentlichen Zweckbestimmung der Verkehrswege mitumfaßt werden, läßt dies lediglich den Schluß zu, daß alle über den Gemeingebrauch hinausgehenden Nutzungsarten der Straßen nicht mehr von deren öffentlicher Zweckbindung gedeckt werden sollen.

Am Rande sei nur noch vermerkt, daß zu dem gleichen Ergebnis im übrigen auch eine teleologische Interpretation jener oben[3] erwähnten Regelung über die Ausübung der Eigentümerrechte und -pflichten durch den Träger der Straßenbaulast führt, in der - wie sich aus der Systematik der Gesetze ergibt[4] - der Sache nach zwar auf die öffentliche Zweckbestimmung der Straßen abgestellt, gleichwohl aber nicht von "Zweckbestimmung", "Widmungszweck" o.ä., sondern ausdrücklich von "Gemeingebrauch" gesprochen wird[5]. Schließlich wird die hier vertretene Auffassung auch noch durch einen Teil der Gesetzesmaterialien bestätigt, in denen "öffentliche Zweckbestimmung" und "Gemeingebrauch" ohne jede Einschränkung gleichgestellt werden[6]. Entsprechend dieser klaren Stellungnahme des Gesetzgebers ist es - jedenfalls im Ergebnis - auch im einschlägigen Schrifttum weitaus

1) Vgl. oben S. 33 Anm. 2.
2) Insoweit übrigens in Übereinstimmung mit den überkommenen Rechtsanschauungen.
3) S. 70.
4) Vgl. dazu oben S. 70 Anm. 1.
5) Der Sache nach ebenso Sieder, Öffentliche Sachen S. 97.
6) Vgl. etwa die Begründung zu § 25 des Entwurfes des nordrhein-westfälischen Straßengesetzes.

h.M., daß sich die öffentliche Zweckbestimmung der Straßen nach Inhalt und Umfang mit dem Gemeingebrauch deckt[1].

Demgemäß ist auch hier bei der weiteren Untersuchung davon auszugehen, daß alle nicht gemeingebräuchlichen Benutzungsformen und damit insbesondere auch die Sondernutzungen nicht mehr im Rahmen der öffentlichen Zweckbestimmung der Verkehrswege liegen.

§ 12 Die Interessenlage im Sondernutzungsrecht

Auf der Grundlage der im Vorstehenden gewonnenen Einsichten über die Rechtsnatur und die öffentliche Zweckbestimmung der Verkehrswege sollen sich die Erörterungen nunmehr der Untersuchung der dem Sondernutzungsrecht zugrunde liegenden Interessenlage zuwenden. Deren genaue Erfassung erscheint für die hier gestellte Aufgabe noch wichtiger, als sie es auch sonst in anderen Bereichen der Gesetzesauslegung ohnehin bereits ist[2]. Das ergibt sich schon aus dem oben[3] mitgeteilten Gedanken, daß die besondere Interessenkonstellation im Sondernutzungsrecht teilweise zu einer Ergänzung oder Modifizierung einiger allgemeiner Grundsätze des öffentlichen Sachenrechts bzw. des allgemeinen Verwaltungsrechts zwingt; es zeigt sich im übrigen aber auch bei der Durchsicht mancher bislang zum neuen Gesetzesrecht vorliegenden Stellungnahmen, bei denen sich unwillkürlich der Verdacht aufdrängt, daß die vom Gesetzgeber zu entscheidenden Interessenkonflikte nicht scharf genug ins Auge gefaßt wurden. Um nun den daraus möglicherweise entstehenden Fehlerquellen bei der weiteren Untersuchung von An-

1) Vgl. Marschall, BFStrG § 2 Rndn 3 S.52 ff.; Spanner, Grenzen S.12; Stern, Konzessionsvertrag S.160; Zippelius, Grundfragen, DöV 1958, 843 u.846; s. ferner Sieder-Zeitler, StrWG Art.6 Rndn 2 S.42 und Zimniok, StrWG Art.6 Anm.4 S.53 und Anm. 17 b S.56; a.A.Köttgen S.28.

2) S.dazu vor allem Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, sowie die geraffte Abhandlung über die Interessenjurisprudenz; ferner Boehmer, Grundlagen S.190 ff. und Englisch, Einführung S.180 ff.

3) S.55 f.

fang an zu wehren, werden die im Sondernutzungsrecht auf dem Spiele stehenden Interessen ebenfalls bereits hier bei den "Grundlagen" der gesetzlichen Neuregelung aufgezeigt.

A) Die an einem Sondernutzungsrechtsverhältnis beteiligten Rechtssubjekte

Die oben[1] herausgearbeitete Entscheidung des Gesetzgebers für die Lehre vom modifizierten Privateigentum hat bereits hier auf die bei der Benutzung öffentlicher Straßen und Wege gegebene Interessenlage deutliche Auswirkungen: Infolge der dadurch bedingten gleichzeitigen Unterstellung der Verkehrswege sowohl unter das öffentliche als auch unter das bürgerliche Recht steht nämlich von vorneherein fest, daß dem Straßenbenutzer auf der einen Seite notwendig[2] drei an jedem öffentlichen Weg beteiligte Rechtssubjekte auf der anderen Seite gegenüber stehen: nämlich der privatrechtliche Eigentümer, der öffentlich-rechtliche Sachherr und der Träger der Straßenbaulast. Dies war schon nach bisheriger Rechtsanschauung fester Bestandteil gesicherter Erkenntnis[3] und ist im Prinzip auch durch die moderne Wegegesetzgebung nicht geändert worden. Zwar werden unter der Geltung der neuen Straßen- und Wegegesetze sowohl der Eigentümer als auch der öffentlich-rechtliche Sachherr kaum mehr als selbständige Rechtspersonen gesondert in Erscheinung treten: denn einerseits führen die oben[4] erwähnten Bestimmungen über den automatischen Übergang des Eigentums an dem Straßengrund auf den Träger der Straßenbaulast und über die Eigentumserwerbspflicht des Straßenbaulastträgers dazu, daß dieser normalerweise auch Eigentümer des Straßengrundes sein wird; und andererseits ergibt sich aus den Vorschriften über

1) S.68 ff.
2) H.M.; vgl. statt vieler Wolff, VerwR I § 57 I a 3 S.324 und Stern a.a.O. S.163 mit weiteren zahlreichen Nachweisen.
3) Vgl. die in der vorigen Anmerkung angegebenen Nachweise.
4) S. 68f.

die Widmung[1], über dieErteilung von Sondernutzungserlaubnissen[2], über die Erhebung von Sondernutzungsgebühren[3], über die Ergreifung von Schutzmaßnahmen zugunsten der öffentlichen Straßen und Wege[4], über die Enteignungsrechte[5] u.a.m., daß nunmehr auch die wesentlichen und typischen (hoheitlichen) Befugnisse (bzw. Verpflichtungen) des öffentlich-rechtlichen Sachherrn[6] von dem Träger der Straßenbaulast[7] wahrzunehmen sind, so daß in Zukunft der Träger der Straßenbaulast, der öffentlich-rechtliche Sachherr und der privatrechtliche Eigentümer regelmäßig identisch sein werden[8].

1) Vgl. § 2 Abs.6 BFStrG, Art.6 Abs.2 bay StrWG, § 6 Abs.2 nw StrG, § 6 Abs.1 schlswholst StrWG, § 4 Abs.1 hess StrG, § 6 Abs. 2 nds StrG, § 36 Abs.1 rhldpf StrG, § 5 Abs.2 bad-württ StrG.
2) Vgl. dazu die oben S.33 Anm. 1 f genannten Bestimmungen.
3) Vgl. dazu die oben S.33 Anm. 5 genannten Bestimmungen.
4) Vgl. § 11 BFStrG, Art.29 bay StrWG, § 30 nw StrG, § 33 schlswholst StrWG, § 27 hess StrG, § 31 nds StrG, § 27 rhldpf StrG, § 31 bad-württ StrG.
5) Vgl. § 19 BFStrG, Art. 40 bay StrWG, § 42 nw StrG, § 44 schlswholst StrWG, § 36 hess StrG, § 42 nds StrG, § 9 rhldpf StrG, § 42 bad-württ StrG.
6) d.h. der früheren Wegeordnungs- (polizei-)behörde, nicht dagegen der Wegebauordnungs- (polizei-)behörde; vgl. dazu insbesondere Brohl DVBl 1962, 392 ff. (insbesondere 393 und 396 f) und Nedden, DöV 1959, 844 ff.
7) In manchen Bestimmungen der zuvor genannten Gesetze ist statt des Trägers der Straßenbaulast die Straßenbaubehörde genannt. Eine sachliche Abweichung von der im Text dargelegten Auffassung ergibt sich dadurch jedoch nicht, da die Straßenbaubehörde nur die an sich dem Träger der Straßenbaulast obliegenden Aufgaben für diesen wahrnimmt; vgl. dazu beispielsweise die Begründungen zu § 8 BFStrG und Art. 59 des Entwurfes des bay Straßen- und Wegegesetzes; ferner aus dem Schrifttum: Fritsch-Golz, StrG § 56 Anm.2 S.156; Marschall, BFStrG § 8 Rndn.3 S.301; Sieder-Zeitler, StrWG Art.58 Rndn.4 S.426, Zimniok, StrWG Art.58 Anm.2a S.198; Salzwedel, Öffentliche Sachen, DöV 1963, 250.
8) Übereinstimmend Stern, Konzessionsvertrag S.167 u.Salzwedel, Öffentliche Sachen DöV 1963, 251; im wesentlichen, nämlich für das allein problematische Verhältnis von Träger der Straßenbaulast und öffentlich-rechtlichen Sachherrn ebenso auch Brohl DVBl 1962, 392 ff. (insbes.397), Sieder-Zeitler, StrWG Art.58 Rndn 6 S.424, Zimniok, StrWG Art.58 Anm. 2a S.198 und Wolff, VerwR I § 56 III a 2 S.322; anders wohl Marschall, BFStrG § 20 Rndn 1 S.568, der aber offensichtlich nicht zwischen der Wegepolizeibehörde und der Wegebaupolizeibehörde unterscheidet und deshalb zwangsläufig zu unzutreffenden Ergebnissen kommen muß.

Dessenungeachtet müssen aber bei einer systematischen Untersuchung des Sondernutzungsrechts alle drei Rechtssubjekte "begrifflich und dogmatisch" scharf auseinander gehalten werden[1]. Dies leuchtet schon deshalb ohne weiteres ein, weil sie auch nach den neuen Straßen- und Wegegesetzen nicht begriffsnotwendig personengleich sein müssen, sondern durchaus verschiedene Rechtspersonen sein können[2]. Vor allem aber ergeben sich auch aus ihren unterschiedlichen Rechten und Pflichten und damit ihren verschiedenartigen Funktionen[3] bezüglich der öffentlichen Straße verschiedengelagerte Interessen, die ihrerseits wiederum unabhängig davon sind, ob sie in der Person eines Rechtsträgers zusammenfallen oder nicht. Deshalb kann nur auf der Grundlage einer (zum mindesten) theoretischen Trennung der drei an einem öffentlichen Weg beteiligten Rechtssubjekte mit Sicherheit festgestellt werden, welche Interessen[4] bei einem Sondernutzungsverhältnis auf dem Spiele stehen und gegebenenfalls miteinander kollidieren.

B) Die Interessen der an einem Sondernutzungsrechtsverhältnis beteiligten Rechtssubjekte

Eine Untersuchung dieser Frage ergibt nun folgendes Bild:

I. Der Benutzer hat zunächst einmal ein Interesse daran, eine Erlaubnis zu erlangen, nach der es ihm gestattet

1) Ebenso Stern, Konzessionsvertrag S.163 u. Salzwedel, Öffentliche Sachen DöV 1963, 248.
2) Für das Verhältnis: Träger der Straßenbaulast - öffentlichrechtlicher Sachherr ergibt sich dies aus den Bestimmungen über die Straßenbaulast Dritter; vgl. dazu § 5 Abs.1 BFStrG, Art.44 bay StrWG, § 45 nwe StrG, § 16 schlswholst StrWG, § 45 hess StrG, § 45 nds StrG, § 16 rhldpf StrG, § 47 badwürtt StrG. Für das Verhältnis: privatrechtlicher Eigentümer - Träger der Straßenbaulast wurde dies schon oben S. 68 ff. dargelegt.
3) Vgl. auch Stern, Konzessionsvertrag S.170 u. Sieder, Öffentliche Sachen S.95.
4) Gemeint sind hier nicht die subjektiven faktischen Interessen, sondern die objektiv wahren Interessen der beteiligten Rechtssubjekte; vgl. zu dieser Unterscheidung etwa Wolff, VerwR I § 29 I b S.128.

ist, die Straße in der von ihm gewünschten, über deren öffentliche Zweckbestimmung hinausgehenden sowie deren Bau- und Unterhaltungskosten vielleicht erhöhenden Weise zu benutzen. Dabei wird es ihm zwar oft gleichgültig sein, ob ihm durch eine derartige Erlaubnis eine starke oder nur eine schwache Rechtsposition eingeräumt wird, wenn er nur überhaupt eine Benutzungsbefugnis erhält; so dann, wenn er die Straße nur einmal oder nur vorübergehend oder doch zum mindesten nur in einer Weise in Anspruch nehmen will, durch die ihm bei einem etwaigen Widerruf der Befugnis kein nennenswerter Schaden entstehen würde, so daß ihm auch mit einer Erlaubnis, auf Grund deren ihm eine nur unsichere Rechtsstellung gewährt wird, regelmäßig vollauf oder zum mindesten doch im wesentlichen gedient ist.

Daneben gibt es jedoch unzweifelhaft auch Fälle, in denen den Interessen des Benutzers nicht allein schon dadurch Genüge geschieht, daß ihm der Gebrauch der öffentlichen Straßen und Wege in dem eben dargelegten Sinne überhaupt gestattet wird. Dies gilt natürlich vornehmlich dann, wenn die Benutzung mit erheblichen finanziellen Aufwendungen verbunden ist[1], so daß schon eine Ungewißheit über den Fortbestand der einmal erteilten Benutzungsbefugnis ein schweres, wirtschaftlich vielleicht kaum mehr vertretbares Risiko für den Unternehmer darstellen würde. In all diesen Fällen wird deshalb der Benutzer nicht lediglich danach trachten, überhaupt eine Sondernutzungserlaubnis zu erhalten, sondern hat er weitergehend auch ein schutzwürdiges Interesse daran, daß er zugleich mit der Benutzungsbefugnis auch eine Rechtsposition eingeräumt bekommt, die ihn gegen die Möglichkeit des jederzeitigen Widerrufs der Erlaubnis und damit der plötzlichen Entwertung seiner Investitionen weitgehend absichert.

1) Erinnert sei z.B. an die Hauptanwendungsfälle des früheren gesteigerten Sondergebrauches (Nutzungsverleihung), wie etwa das Verlegen von Schienen und Röhren in Straßen, Errichtung von Straßenbahn- und Obusanlagen u.a.m.

II. Diesen Interessen des Benutzers auf der einen Seite stehen die Interessen der drei an einem öffentlichen Weg beteiligten Rechtssubjekte auf der anderen Seite gegenüber.

a) Der öffentlich-rechtliche Sachherr hat - wie es das OVG Münster[1] einmal formuliert hat - "dafür zu sorgen, daß die öffentlichen Wege in jeder Beziehung und in vollem Umfange ihrem Zweck erhalten bleiben und ihrem Zweck gemäß benutzt werden können"[2]. Dementsprechend hat er in erster Linie ein Interesse daran, die öffentlichen Straßen und Wege nach Möglichkeit überhaupt ganz von Benutzungen frei zu halten, die deren öffentliche Zweckbestimmung irgendwie beeinträchtigen. Sollte er damit jedoch nach Lage der Dinge nicht durchdringen, so wird sein Bestreben vor allem darauf gerichtet sein, die öffentlichen Verkehrswege zum mindesten nicht mit unwiderruflichen und deshalb dauerhaften Gebrauchsbefugnissen Dritter zu belasten, da gerade sie, wie die Erfahrung lehrt, leicht zu einem Hemmnis für eine der öffentlichen Zweckbestimmung entsprechenden Entwicklung der Benutzungsverhältnisse auf den öffentlichen Straßen werden können.

b) Der Träger der Straßenbaulast hat die Straße "nach seiner Leistungsfähigkeit ... in einem dem regelmäßigem Verkehrsbedürfnis genügenden Zustand zu bauen, zu unterhalten, zu erweitern oder sonst zu verbessern"[3]; demgemäß hat er ein Interesse daran, daß seine auf den Bau und die Unterhaltung der Straßen bezogenen Verpflichtungen, insbesondere auch seine finanziellen Belastungen, durch die Sonder-Benutzung nicht erweitert werden oder daß er an der Erfüllung dieser Verpflichtungen durch die Sonder-Benutzung nicht gar gehindert wird.

1) Bescheid v.11.8.1956 in DöV 1957, 157.
2) H.M.
3) So § 3 Abs.1 BFStrG; zum mindesten dem Sinne nach ebenso Art.9 Abs.1 bay StrWG, § 9 Abs.1 nw StrG, § 10 Abs.1 schlswholst StrWG, § 9 Abs.1 hess StrG, § 9 Abs.1 nds StrG, § 11 Abs.1 rhldpf StrG, § 10 Abs.1 bad-württ StrG.

c) Der privatrechtliche Eigentümer der Straße kann mit dieser "nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen[1]", soweit diese aus dem Eigentum fließenden Rechte nicht infolge der auch von ihm gebilligten Widmung seines Grund und Bodens zur öffentlichen Straße eingeschränkt bzw. verdrängt worden sind. Dementsprechend hat er ein Interesse daran, daß nicht ohne Rechtsgrund in die ihm verbliebenen Befugnisse eingegriffen wird oder daß er diese zum mindesten wirtschaftlich noch ausnutzen kann.

C) Die Interessenkollisionen

Aus dieser kurzen Betrachtung der in einem Sondernutzungsverhältnis auf dem Spiele stehenden Interessen ergibt sich nun die Antwort auf die eingangs aufgeworfene Frage nach den Interessenkollisionen gleichsam von selbst. Sie läßt sich dahin zusammenfassen, daß der Benutzer immer dann, wenn seine Inanspruchnahme der Straße deren öffentliche Zweckbestimmung berührt, aktuell oder zum mindesten potentiell[2] in die Rechtskreise aller drei am öffentlichen Weg beteiligten Rechtssubjekte eingreift. In allen übrigen Fällen dagegen kollidieren seine Interessen nur mit denen des Eigentümers des Straßengrundes. Wie der Gesetzgeber dabei die einzelnen Interessen bewertet und damit die verschiedenen Interessenkonflikte gelöst hat, soll an späterer Stelle untersucht werden.

§ 13 Der Rechtscharakter der Sondernutzungserlaubnisse

Abschließend soll hier noch eine Frage erörtert werden, die zwar nur noch in einem weiteren Sinne zu den "Grundlagen des Sondernutzungsrechts" gezählt werden kann, die aber gleichwohl für eine Analyse des hier behandelten Gesetzesrechtes nicht nur unter einem und dazu möglicherweise noch speziellen Gesichtspunkt von Belang ist, sondern die in mehrfacher Hinsicht so große Bedeutung besitzt, daß

1) Vgl. § 903 BGB.
2) Wie z.B. beim Träger der Straßenbaulast in seiner eigentlichen Funktion.

es gerechtfertigt erscheint, auch sie in diesem Abschnitt noch zu untersuchen: gemeint ist die Frage nach dem Rechtscharakter der Sondernutzungserlaubnis.

Ihrer Beantwortung stellen sich nun allerdings keine besonderen Schwierigkeiten mehr in den Weg. Vielmehr brauchen insoweit nur noch die richtigen Schlußfolgerungen aus dem gezogen zu werden, was oben[1)] bereits über den Inhalt und Umfang der öffentlichen Zweckbestimmung der Straßen festgestellt werden konnte. Das zeigt sich bei folgenden Überlegungen:

Wenn der Gesetzgeber, wie hier, die öffentliche Zweckbestimmung der Straßen ihrem Inhalt und Umfang nach irgendwie beschränkt, so ist das im vorliegenden Zusammenhang in zweifacher Richtung rechtserheblich: einmal wird dadurch positiv festgelegt, daß alle im Rahmen dieses Widmungszwecks liegenden Benutzungsformen entweder ohne weiteres oder zum mindesten doch im Prinzip erlaubt sind; und zum anderen wird dadurch negativ zum Ausdruck gebracht, daß alle nicht im Rahmen dieser Zweckbindung liegenden Gebrauchsarten (zum mindesten öffentlich-rechtlich) an sich unzulässig, oder anders ausgedrückt: repressiv verboten sind. Daß gerade auch diese letztere Schlußfolgerung unausweichlich ist, erhellt insbesondere daraus, daß andernfalls alle Nutzungsformen der Verkehrswege als (zum mindesten im Prinzip) erlaubt angesehen werden müßten und damit die Beschränkung der öffentlichen Zweckbestimmung jeden vernünftigen Sinn verlöre.- Auf die Rechtslage nach den neuen Straßen- und Wegegesetzen übertragen bedeutet dies, daß unter ihrer Geltung alle Sondernutzungen - weil sie ja, wie oben[2)] dargelegt wurde, von der öffentlichen Zweckbestimmung der Straßen nicht mehr gedeckt werden - repressiv verboten sind[3)]. Da sie jedoch an-

1) S.72 ff.
2) S. 73 f.
3) Ebenso Marschall, BFStrG § 8 Rndn. 2 S.300, der aber aus dieser Erkenntnis mindestens ausdrücklich keine Schlußfolgerungen zieht.

dererseits vom Gesetzgeber auch nicht vollständig untersagt, sondern - wie die einschlägigen Gesetzesbestimmungen zeigen - in dieser Hinsicht durchaus auch Ausnahmen von der Regel zugelassen worden sind, unterstehen die Sondernutzungen somit dem Prinzip des sogen. "Verbots mit Erlaubnisvorbehalt" (Krüger). Diese Feststellung aber ist für die eingangs aufgeworfene Frage nach dem Rechtscharakter der Sondernutzungserlaubnisse insofern von Bedeutung, als nach einhelliger Meinung in Wissenschaft[1] und Rechtsprechung[2] ein solches repressives Verbot des objektiven Rechts nur durch eine Ausnahmebewilligung aufgehoben werden kann. Dementsprechend müssen deshalb auch die Sondernutzungserlaubnisse nach den neuen Straßen- und Wegegesetzen als Ausnahmebewilligungen charakterisiert werden[3].

Hier zeigt sich zugleich auch die erste deutliche Parallele zwischen Wegerecht und Wasserrecht. Auch dort gilt nämlich bezüglich der nicht im Rahmen des Gemeingebrauchs liegenden Benutzungsformen das Prinzip des sogen. Verbots mit Erlaubnisvorbehalt[4]. Das ergibt sich aus § 2 WHG, nach

1) Vgl. Forsthoff, VerwR I § 13 S. 244; Friauf, JuS 1962, 423 u. 425; Huber AöR 78 (1952/53) S.113; Wolff, VerwR I § 48 II b S.267 f.
2) Vgl. beispielsweise BGH Urt. v.29.11.1951 in AöR 78 (1952/53) S.102 ff. (insbes. 104).
3) Ebenso Groebe, Bay VwBl 1959, 182. Gemessen an den Konsequenzen, die eine solche Charakterisierung der Sondernutzungserlaubnis richtiger Ansicht nach hat, ist dieser Frage bis zum Erlaß der neuen Straßen- und Wegegesetze erstaunlich wenig Aufmerksamkeit geschenkt worden; erörtert wird sie, soweit ersichtlich ist, lediglich bei Wolff (VerwR I (4.Aufl.) § 59 II b 1 S.330) und Hans (öff.Recht II S.143), die beide (Wolff - vom Boden seiner Auffassung aus konsequent - allerdings nur für den gesteigerten Sondergebrauch) zu den gleichen Ergebnissen wie der obige Text gelangen. Auch in der Diskussion um das neue gesetzliche Sondernutzungsrecht wird dieses Problem - außer in der eben erwähnten Abhandlung Groebes - zu unrecht überhaupt nicht beachtet.
4) H.M.; vgl. Gieseke-Wiedemann, WHG § 2 Rndn.1 S.28; Krüger, Grundfragen S.11 ff.; Witzel WHG § 2 Anm.1 S.23; s. ferner auch Wüsthoff, Wasserrecht § 7 WHG Anm. 1 und Ebersberg, Der Entwurf des Wasserhaushaltsgesetzes S.17 f.

dem - vorbehaltlich der gesetzlich ausdrücklich genannten Ausnahmen - grundsätzlich jede Benutzung der Gewässer[1] der behördlichen Genehmigung in Gestalt der Erlaubnis[2] oder der Bewilligung[3] bedarf. Nach dem Gesagten muß deshalb folgerichtig auch für den Bereich des Wasserrechts angenommen werden, daß sowohl die Erlaubnis wie auch die Bewilligung den Rechtscharakter einer Ausnahmebewilligung haben[4]. Dem widerspricht es zwar, wenn die Begründung zu § 7 WHG und ihr folgend einige Kommentatoren zu diesem Gesetz[5] mit Bezug auf die Erlaubnis erklären, sie bringe lediglich zum Ausdruck, "daß zur Zeit ihrer Erteilung Beeinträchtigungen des Wohls der Allgemeinheit nicht erkennbar sind oder, soweit solche erwartet werden, durch die festgesetzten Auflagen verhütet oder ausgeglichen werden können" und damit die Erlaubnis praktisch jener Art von "behördlichen Unbedenklichkeitsbescheinigungen" gleichgesetzt wird, wie sie etwa im Baurecht und im Gewerberecht anzutreffen sind. Dabei wird jedoch übersehen, daß diese Erlaubnisart gar nicht in das System des WHG paßt[6]; denn dem Prinzip des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt entspricht nicht die Erlaubnis im Sinne einer Unbedenklichkeitsbescheinigung, sondern - wie soeben gezeigt wurde - immer nur die Ausnahmebewilligung als Mittel der Verbotsaufhebung. Schon aus diesem Grunde muß deshalb auch die wasserrechtliche Erlaubnis ebenso wie die Bewilligung als Ausnahmegenehmigung charakterisiert werden[7].

1) Vgl. dazu § 3 WHG.
2) § 7 WHG und die entsprechenden Vorschriften in den Wassergesetzen der Länder.
3) § 8 WHG und die entsprechenden Bestimmungen in den Wassergesetzen der Länder.
4) In der Sache übereinstimmend Krüger, Grundfragen S.56 f, Wüsthoff, Wasserrecht, § 7 WHG Anm.1.
5) Vgl. Gässler, WHG S.35; Kolb, WHG § 7 Anm.1 S.72; Witzel, WHG § 7 Anm. 1 S.37; ebenso, wenn auch vorsichtiger, Gieseke-Wiedemann, WHG § 7 Rndn.3 S.73.
6) Ebenso Krüger, Grundfragen S.56 f.
7) Im wesentlichen ebenso Wüsthoff, Wasserrecht § 7 WHG Anm. 1.

Die Richtigkeit der hier vertretenen Auffassung ergibt sich überdies aber auch noch aus folgender Überlegung: Die entgegengesetzte, hier abgelehnte Meinung müßte die Erlaubnis und die Bewilligung konsequenterweise in der Richtung unterschiedlich kennzeichnen, daß die durch die Erlaubnis gestatteten Gebrauchsarten im Prinzip erlaubt, die durch die Bewilligung gestatteten Gebrauchsarten hingegen im Prinzip verboten sind. Eine solche Differenzierung wäre jedoch nur dann möglich und gerechtfertigt, wenn der Gesetzgeber Erlaubnis und Bewilligung durch objektive, auf die Art und Weise der Benutzung Bezug nehmende Kriterien voneinander abgegrenzt hätte; denn nur unter dieser Voraussetzung ließe sich feststellen, daß die eine Benutzungsart noch im Rahmen der öffentlichen Zweckbestimmung der Gewässer liegt und deshalb als im Prinzip erlaubt angesehen werden muß bzw. daß sie nicht mehr im Rahmen der öffentlichen Zweckbestimmung liegt und deshalb als im Prinzip verboten angesehen werden muß. Diesen Weg hat der Gesetzgeber aber nicht beschritten. Vielmehr ist bei der Unterscheidung zwischen Erlaubnis und Bewilligung lediglich auf das Interesse des Benutzers an einer gesicherten Rechtsposition abgestellt worden, mithin also auf ein rein subjektives Kriterium, das sich zur öffentlichen Zweckbestimmung der Gewässer nicht irgendwie in Beziehung setzen läßt. Bei dieser Sachlage aber erscheint eine Differenzierung in der Art, wie sie die hier abgelehnte Lehre durchführen will, auch unter dem aufgezeigten Gesichtspunkt weder gerechtfertigt noch auch nur möglich.

Nach allem muß deshalb jedenfalls im Sinne der oben vertretenen Auffassung davon ausgegangen werden, daß ebenso wie im Wegerecht auch im Wasserrecht die beiden möglichen Gestaltungsformen der Sondernutzungsgenehmigung, d.h. sowohl die Erlaubnis wie auch die Bewilligung, den Rechtscharakter von Ausnahmebewilligungen haben.

II. Kapitel: Die Systematik des neuen gesetzlichen Sondernutzungsrechts

Nachdem im vorhergehenden Abschnitt versucht worden ist, die Grundlagen des Sondernutzungsrechts zu erfassen und zu klären, kann es nunmehr unternommen werden, die gesetzliche Neuregelung dieser Materie selbst einer genauen Analyse und kritischen Würdigung zu unterziehen.

Dabei empfiehlt es sich, unter diesem Gesichtspunkt zunächst einmal die Systematik des neuen Gesetzesrechts näher zu betrachten. Dies erscheint deshalb angezeigt, weil gerade sie nicht nur herausragender Gegenstand besonderer Kritik im bisher vorliegenden wissenschaftlichen Schrifttum ist, sondern weil sich der moderne Wegegesetzgeber hier auch am augenfälligsten von den traditionellen Rechtsanschauungen gelöst und neue Wege beschritten hat. Wurde nämlich - wie gezeigt - im bislang geltenden Gewohnheitsrecht - der komplizierten Interessenlage im Sondernutzungsrecht entsprechend - einerseits zwischen zwei getrennten Formen der Sondernutzung unterschieden, die dem Erlaubnisnehmer verschieden starke Rechtsstellungen gewährten, und andererseits bei der Erteilung einer Sondernutzungsbefugnis die Mitwirkung aller drei an einem öffentlichen Weg beteiligten Rechtssubjekte verlangt[1)], so sehen die neuen Straßen- und Wegegesetze für alle Fälle der hier fraglichen Art nur noch die Erteilung einer einzigen und, wie die h.M. behauptet, im wesentlichen einheitlichen öffentlich-rechtlichen Sondernutzungserlaubnis vor. Damit ist es dem Gesetzgeber zwar gelungen, die bisher so unsichere Systematik des Sondernutzungsrechts bestechend einfach zu gestalten - so einfach, daß beim ersten Hinsehen beinahe angenommen werden könnte, sie bedürfe keiner besonderen Erläuterung mehr. Daß dieser

1) Zu der im wissenschaftlichen Schrifttum hinsichtlich des schlichten Sondergebrauchs (Gebrauchserlaubnis) vielfach vertretenen abweichenden Ansicht vgl. oben S.22 f.

Eindruck jedoch täuscht und die gesetzliche Regelung im Gegenteil gerade auch insoweit sehr wohl erhebliche Probleme aufwirft, die angesichts der zu besorgenden Rechtsunsicherheit[1] dringend einer erneuten Untersuchung bedürfen, das zeigen nicht zuletzt die so unterschiedlichen, ja zumeist sogar ablehnenden Stellungnahmen seitens der Wissenschaft.

Da nun die Kritiker des modernen Wegegesetzgebers in dieser Hinsicht überwiegend die Systematik des bislang geltenden Gewohnheitsrechts zum Ausgangspunkt ihrer Betrachtungen über das neue Gesetzesrecht gewählt haben und von da her zu dem Ergebnis gekommen sind, daß dessen "Systematik" den Interessen der an einem Sondernutzungsrechtsverhältnis beteiligten Rechtssubjekte nicht gerecht werde, erscheint es zweckmäßig, im Rahmen der vorliegenden Untersuchung ähnlich vorzugehen und deshalb den Fortgang der Erörterungen grundsätzlich ebenfalls an der überkommenen Systematik auszurichten: auf diese Weise werden nämlich nicht nur die gesetzgeberischen Interessenbewertungen deutlich in Erscheinung treten, sondern wird sich zugleich auch zeigen, inwieweit die dazu vorliegenden ablehnenden Stellungnahmen kritischer Nachprüfung standhalten.

Demgemäß soll hier folgendermaßen verfahren werden: Zunächst soll der Frage nachgegangen werden, ob in den neuen Straßen- und Wegegesetzen wirklich, wie es behauptet wird, jedwede Unterscheidung zwischen zwei verschiedenen Ausformungen der Sondernutzungsgenehmigungen vollständig aufgegeben worden ist oder ob nicht doch auch unter ihrer Geltung noch zwischen zwei getrennten Arten von Sondernutzungsbefugnissen unterschieden werden muß, die sowohl auf der Tatbestands- wie auch auf der Rechtsfolgeseite unterschiedlich ausgestaltet sind. Im Verlauf dieser Erörterungen wird sich zugleich auch ergeben, wie der Gesetzgeber die beiden verschiedenartigen oben[2] aufgezeigten Interessen des Benutzers

1) Vgl. dazu oben S.48 f.
2) S. 79f.

und die ihnen korrespondierenden Interessen des öffentlich-rechtlichen Sachherrn bewertet und gegebenenfalls berücksichtigt hat. Alsdann soll die neuartige Grenzziehung zwischen dem bürgerlichen und dem öffentlichen Recht im System der gesetzlichen Benutzungsvorschriften einer genauen Untersuchung unterzogen werden. Hierbei wird sich nicht nur zeigen, welche Bewertung die Eigentümerinteressen im Rahmen des Sondernutzungsrechts in den neuen Straßen- und Wegegesetzen erfahren haben, sondern es wird in diesem Zusammenhang darüberhinaus auch der Frage nachgegangen werden müssen, wie es zu beurteilen ist, daß der Gesetzgeber den Sondernutzungsbegriff auf die den Gemeingebrauch beeinträchtigenden Benutzungsformen der öffentlichen Straßen eingeschränkt hat mit der Folge, daß die den Gemeingebrauch nicht beeinträchtigenden Gebrauchsarten (des Eigentums) der Straßen einer ausschließlich bürgerlich-rechtlichen Regelung mit dem Eigentümer unterliegen.[1] Und schließlich soll geprüft und geklärt werden, welche Berücksichtigung die Interessen des Wegeunterhaltungspflichtigen, d.h. des Trägers der Straßenbaulast (in seiner eigentlichen Funktion) in der gesetzlichen Neuregelung des Sondernutzungsrechts gefunden haben.

§ 14 Die Unterscheidung zwischen zwei verschiedenartigen Ausformungen der Sondernutzungsgenehmigung in den neuen Straßen- und Wegegesetzen

Die in die neuen Straßen- und Wegegesetze aufgenommenen Vorschriften über die Sondernutzungen enthalten als Kernsatz die Bestimmung, daß die Benutzung "der Straßen über den Gemeingebrauch hinaus (Sondernutzung) ... der Erlaubnis" des Trägers der Straßenbaulast (bzw. der Straßenbaubehörde) bedarf[2]. Diesem Umstand muß es augenscheinlich zugerechnet werden, daß die ganz überwiegende Meinung nunmehr lehrt, in den neuen Straßen- und Wegege-

1) Vgl. dazu oben S.34.
2) Vgl. dazu oben S.32.

setzen sei nicht nur die bisher geltende, sondern überhaupt jede Unterscheidung zwischen zwei verschiedenen Ausformungen der Sondernutzungsgenehmigung aufgegeben und durch eine (im wesentlichen) einheitliche Sondernutzungsbefugnis ersetzt worden[1]. Indes wurde in diesem Zusammenhang schon oben[2] auf ein Bedenken hingewiesen, das gegen diese Auffassung insofern besteht, als sie offensichtlich die in den neuen Gesetzen vorgesehene Möglichkeit, die Sondernutzungserlaubnis entweder "auf Widerruf" oder "auf Zeit" zu erteilen, nicht hinreichend berücksichtigt. Die Frage, welche rechtliche Bedeutung dieser differenzierenden Kennzeichnung der Sondernutzungserlaubnis durch den Gesetzgeber zukommt, bedarf deshalb hier einer näheren Untersuchung.

Der Gesetzeswortlaut gibt darüber allerdings nur wenig Aufschluß, da sich in dieser Hinsicht sämtliche hier behandelten Straßen- und Wegegesetze auf die Bestimmung beschränken: "Die Sondernutzungserlaubnis darf nur auf Zeit oder auf Widerruf erteilt werden". Danach läßt sich jedoch zunächst lediglich dieses feststellen: Zwar hat der Gesetzgeber durch die Wahl der Bezeichnungen "Sondernutzungserlaubnis auf Zeit" und "Sondernutzungserlaubnis auf Widerruf" einen gewissen Fingerzeig darauf gegeben, daß dem Benutzer durch die Erteilung einer Erlaubnis verschieden starke Rechtspositionen eingeräumt werden können und daß mithin die wesentlichste Rechtsfolge, die der Erlaubniserteilung für den Benutzer neben der Tatsache, daß er nunmehr die Straße überhaupt über den Gemeingebrauch hinaus in Anspruch nehmen darf, zukommt, durchaus nicht in allen Fällen die gleiche sein muß. Im übrigen aber hat es der Wegegesetzgeber ganz und gar unterlassen, durch die Angabe bestimmter Tatbestandsmerkmale festzulegen, ob und gegebenenfalls wie sich die beiden Arten von Gebrauchsbefugnissen auch tatbestandlich

1) Vgl. dazu oben S.36.
2) Vgl. dazu oben S.53 f.

voneinander unterscheiden, ob und gegebenenfalls wie sie auch auf der Tatbestandsseite gegeneinander abzugrenzen sind.

In Anbetracht dieser Gegebenheiten erscheint es daher zulässig und zweckmäßig, im Rahmen der vorliegenden Untersuchung zunächst einmal zu analysieren, wie sich die beiden Formen der Sondernutzungserlaubnis auf der Rechtsfolgeseite unterscheiden, d.h. welche verschiedenen Rechtspositionen sie dem Benutzer vermitteln. Erst im Anschluß daran können und sollen sodann die gesetzlichen Sondernutzungsvorschriften auch auf die Frage hin geprüft werden, ob und gegebenenfalls wie sich die "Sondernutzungserlaubnis auf Zeit" und die "Sondernutzungserlaubnis auf Widerruf" auch auf der Tatbestandsseite gegeneinander abgrenzen lassen.

A) Der Unterschied zwischen der Sondernutzungserlaubnis auf Widerruf und der Sondernutzungserlaubnis auf Zeit auf der Rechtsfolgeseite

In dem Abschnitt über die "Grundlagen des Sondernutzungsrechts" wurde dargelegt, daß die Sondernutzungen nach den neuen Straßen- und wegegesetzen ausnahmslos dem Prinzip des sogen. Verbots mit Erlaubnisvorbehalt unterstehen und daß demzufolge alle Sondernutzungserlaubnisse den Rechtscharakter von Ausnahmebewilligungen haben[1]. Vom Boden der verwaltungsrechtlichen Dogmatik aus betrachtet müßte nun diesem einheitlichen Rechtscharakter der Sondernutzungserlaubnisse entsprechend eigentlich auch die Rechtsposition, die der Benutzer durch die Erteilung einer solchen Benutzungsbefugnis eingeräumt bekommt, in allen Fällen die gleiche, nämlich die bei Ausnahmebewilligungen nach allgemeiner Ansicht[2] allein in Betracht kommende sein. Damit will es jedoch nicht in Einklang stehen, wenn der Gesetzgeber in den neuen Straßen- und Wegegesetzen gleichwohl zwei Arten

1) Vgl. dazu oben S. 82 ff.
2) Vgl. dazu unten S. 93.

von Sondernutzungserlaubnissen eingeführt hat, die sich nach dem eben Gesagten mindestens gerade dadurch unterscheiden, daß sie dem Benutzer verschieden starke Rechtsstellungen gewähren. Für die weiteren Erörterungen ergibt sich damit die Notwendigkeit, nicht nur isoliert die Frage zu untersuchen, wie sich die beiden Sondernutzungserlaubnisse hinsichtlich der durch sie vermittelten Rechtspositionen unterscheiden, sondern darüberhinaus zugleich auch zu prüfen, inwieweit der Gesetzgeber das von ihm selbst angelegte System folgerichtig durchgeführt hat bzw. wo und weshalb er allgemein anerkannte Grundsätze des allgemeinen Verwaltungsrechts durchbrochen hat, da sich hieraus gewichtige Konsequenzen für die übrige rechtliche Konstruktion der beiden Benutzungsbefugnisse ergeben können.

AA) Die durch die Sondernutzungserlaubnis auf Widerruf vermittelte Rechtsposition

Keine besonderen Schwierigkeiten wirft die Frage auf, welche Position der Benutzer durch die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis auf Widerruf erhält.

Drei Faktoren gewinnen in dieser Hinsicht entscheidendes Gewicht: einmal ist es erheblich, daß die Erlaubnis, wie ihr Name schon sagt, nur auf Widerruf erteilt wird; sodann ist es bedeutsam, daß der Widerruf der Erlaubnis nicht an das Vorliegen von im Gesetz besonders genannten Voraussetzungen gebunden ist; und schließlich ist es von Belang, daß die neuen Straßen- und Wegegesetze im Falle des Widerrufs der Erlaubnis einen Ersatzanspruch des Betroffenen gegen den widerrufenden Verwaltungsträger kraft ausdrücklicher Vorschrift ausschließen[1]. Hierdurch kommt klar zum Ausdruck, daß diese Benutzungsbefugnis nicht eine gesicherte Rechtsposition verschaffen soll, die nur aus besonderen Grün-

1) Vgl. § 8 Abs.8 S.1 BFStrG; Art. 18 Abs.6 bay StrWG; § 18 Abs.6 nw StrG; § 21 Abs.5 schlswholst StrWG; § 16 Abs.6 S.1 hess StrG; § 18 Abs.5 nds StrG; § 41 Abs.6 rhldpf StrG, § 18 Abs.6 S.1 bad-württ StrG.

den und möglicherweise noch gegen Zahlung einer Entschädigung wieder entzogen werden darf, sondern daß sie im Gegenteil jederzeit frei, d.h. unter Beachtung lediglich der allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts[1], und zudem noch entschädigungslos widerrufen werden kann. Damit hat der Gesetzgeber erkennbar die Folgerungen aus dem Rechtscharakter der Sondernutzungserlaubnisse gezogen, denn in der Sache besteht sowohl in der Wissenschaft[2] wie auch in der Rechtsprechung[3] ungeteilte Einigkeit darüber, daß Ausnahmebewilligungen kein volles subjektives öffentliches Recht, sondern lediglich eine Position vermitteln, die irgendwelchen kollidierenden, von der zuständigen Behörde ohne Ermessensfehler für vorzugswürdig gehaltenen öffentlichen Interessen ohne weiteres weichen muß und deshalb frei und entschädigungslos widerrufen werden kann. Umstritten ist nur die Frage, wie diese Position zu bezeichnen ist: Während der BGH[4] und ihm folgend Huber[5] erklären, die Ausnahmebewilligung begründe nur eine faktische "Chance", wird in der Wissenschaft überwiegend die Auffassung vertreten, sie gewähre einen öffentlich-rechtlichen Besitzstand bzw. - im Sinne der Wolff'schen Terminilogie genauer ausgedrückt - eine Verstattung[6].

Die Entscheidung für die eine oder andere dieser beiden Meinungen muß sich davon leiten lassen, daß auch die durch eine Ausnahmebewilligung vermittelte Position völlig unbestritten zu den "Rechten" im Sinne des Art.19

1) H.M.; vgl. statt vieler Wolff, VerwR I § 43 III c 2 S.232.
2) Vgl. etwa Forsthoff, VerwR I § 13 S.245; Landmann-Giers-Proksch, VerwR S.179; Wolff, VerwR I § 48 II b S.268.
3) Vgl. etwa BGH.Urt.v.29.11.1951 in AöR 78 (1952/53) S.102-113 (insbes. 104 f).
4) Vgl. das in der vorhergehenden Anmerkung zitierte Urteil, insbes. auf S.112.
5) In einer Anmerkung zu dem zitierten Urteil des BGH in AöR 78 (1952/53) S.113-117 (insbes. S.113).
6) So etwa Landmann-Giers-Proksch, VerwR S.135; Wolff, VerwR I § 43 III c 2 S.232; s. auch Huber, Wirtsch VerwR I S.334.

Abs.4 GG und des § 42 VwGO gehört und deshalb gerichtlichen Rechtsschutz genießt. Danach aber erscheint es alleine zutreffend, sie mit der h.L. als öffentlich-rechtlichen Besitzstand oder - mit Wolff genauer - als Verstattung zu bezeichnen und in ihr nicht lediglich eine faktische "Chance" zu erblicken.

Somit ist also die eingangs aufgeworfene Frage dahingehend zu beantworten, daß die Sondernutzungserlaubnis auf Widerruf einen öffentlich-rechtlichen Besitzstand bzw. eine Verstattung gewährt[1].

BB) Die durch die Sondernutzungserlaubnis auf Zeit vermittelte Rechtsposition

Nicht so einfach läßt sich dagegen feststellen, welche Rechtsposition der Benutzer durch die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis auf Zeit erhält.

I. Im wissenschaftlichen Schrifttum finden sich nur wenige und zudem noch unterschiedliche Stellungnahmen zu diesem Problem.

a) Schon in sich uneinheitlich ist die Auffassung Marschalls, der einerseits erklärt[2], die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis enthalte "die Verleihung eines Rechts", an anderer Stelle aber darlegt[3], daß die Sondernutzungserlaubnis nach dem Bundesfernstraßengesetz im Sinne der früheren Gliederung der Benutzungsbefugnisse nicht der "Nutzungsverleihung", sondern der kein volles subjektives Recht gewährenden "Gebrauchserlaubnis" entspreche.- In eine ähnliche Richtung wie die zweite Variante der Marschall'schen Ansicht weisen auch die Ausführungen von Spanner[4], der die Meinung vertritt, daß aus einer Gebrauchs e r l a u b n i s[5]

1) Ebenso auch Wolff, VerwR I § 59 II b 2 S.343.
2) BFStrG § 8 Rndn.4 S.302.
3) BFStrG § 8 Rndn.4 S.303.
4) Grenzen S.15.
5) Hervorhebung vom Verfasser.

kein materielles subjektives öffentliches Recht erwachsen könne. - Im Gegensatz dazu lehrt schließlich Wolff[1], die auf Zeit erteilte Straßenbenutzungserlaubnis gewähre ein befristetes volles subjektives öffentliches Recht, das nur im Wege einer Enteignung wieder beseitigt werden könne[2].

b) Diese Meinungen halten jedoch in ihrer Mehrzahl einer kritischen Nachprüfung nicht stand.

Das gilt zunächst für die Darlegungen von Marschall, die allerdings eine eingehendere Stellungnahme nicht erfordern noch auch nur ermöglichen, da sie dafür schon in sich zu widerspruchsvoll sind.

Aber auch die Auffassung Spanners begegnet einigen gewichtigen Bedenken: Formell betrachtet mag zwar sein Schluß von der gesetzlichen Bezeichnung der Sondernutzungsgenehmigung als "Erlaubnis" auf die durch sie gewährte Rechtsposition vielleicht nur schwer anfechtbar sein[3], wenngleich er auch unter diesem Blickwinkel nicht absolut zwingend erscheint, denn immerhin hat ja die bisher h.M. auch bislang die Gewährung eines vollen subjektiven öffentlichen Rechts für möglich gehalten, obwohl sie die Sondernutzungserlaubnis als Ausnahmebewilligung und damit ebenfalls als Erlaubnis im weiteren Sinne angesehen hat[4]. Aber abgesehen davon muß doch vor allen Dingen auch angezweifelt werden, ob Spanners Ansicht der im Sondernutzungsrecht gegebenen Interessenlage durchweg ganz gerecht wird. Nach dem, was in dieser Hinsicht bereits oben[5] festgestellt wurde, kann nämlich der Benutzer bei gewissen Fällen durchaus ein schutzwürdiges Interesse daran haben, eine umfassend gesicherte Rechtsposition und somit also ein volles subjektives öffentliches Recht zu erhalten. Daß hieran auch das Recht nicht gut vorüber gehen

1) VerwR I (4. Aufl.) § 59 I b 1 S.328.
2) Ebenso wohl auch Merk, VerwR § 32 S.890.
3) Obwohl neuerdings auch in dieser Richtung schon mit beachtlichen Argumenten begründete Zweifel vorgetragen werden; vgl. etwa Huber, WirtschVerwR I S.693.
4) S.dazu oben S. 83; vgl. zu ähnlichen Fällen auch Ipsen, Widerruf gültiger Verwaltungsakte S.79.
5) S. 79 f.

kann, zeigt im übrigen nicht nur das Institut des gesteigerten Sondergebrauchs(Nutzungsverleihung) im bisher geltenden Gewohnheitsrecht, sondern gerade neuerdings auch das Institut der Bewilligung im WHG und den entsprechenden Wassergesetzen der Länder. Dort hat der moderne Gesetzgeber die Schutzwürdigkeit dieses Benutzerinteresses für gewisse Fälle selbst anerkannt. Die Tatsache, daß dies ausdrücklich nur für den Bereich des Wasserrechts geschah, kann im gegenwärtigen Zusammenhang nur von untergeordneter Bedeutung sein, da insoweit die Interessenlage im Wegerecht und im Wasserrecht im rechtlich Wesentlichen die gleiche ist. Bot sich sonach schon von der Parallele im Wasserrecht her der Gedanke an, daß die Sondernutzungserlaubnis auf Zeit ein befristetes volles subjektives öffentliches Recht gewährt, so wiegt das Unterlassen einer genauen Untersuchung dieser Frage bei Spanner auch deshalb umso schwerer, weil der Gesetzeswortlaut einer solchen Auslegung durchaus Spielraum läßt. Aus diesem Grunde können mithin auch seine Darlegungen nicht befriedigen.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich zugleich, daß vieles für die Lehre Wolffs spricht, nach der dem Benutzer in den hier in Rede stehenden Fällen ein befristetes volles subjektives öffentliches Recht eingeräumt wird, da sie - wenn auch unausgesprochen - allen jenen Erwägungen Rechnung trägt, deren Berücksichtigung die Ansicht Spanners vermissen läßt. Da Wolff jedoch seine Auffassung nicht weiter begründet, bedarf das eingangs aufgeworfene Problem auch noch einer eigenen näheren Untersuchung.

II. Nach dem Gesagten muß es nun auch für diese eigene Stellungnahme in aller erster Linie um die Frage gehen, ob dem Benutzer mit der Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis auf Zeit ein befristetes volles subjektives öffentliches Recht gewährt wird. Damit ergibt sich die Notwendigkeit, zunächst einmal den Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts zu klären.

a) Dieser Begriff ist in ganz besonders hohem Maße umstritten. Das hat seine Ursache vornehmlich darin, daß es in neuerer Zeit, nicht zuletzt auch im Hinblick auf die umfassende Rechtsschutzgarantie des Grundgesetzes, angezeigt und notwendig erschien, den Kreis der geschützten "Rechte" gegenüber früher zu erweitern und im Zuge dieser Entwicklung neben den "klassischen", "wohlerworbenen", vollen subjektiven öffentlichen Rechten (im engeren Sinne) auch solche Begünstigungen zu den subjektiven öffentlichen Rechten (im weiteren Sinne) zu rechnen, die früher nur als Reflexwirkungen des objektiven Rechts angesehen wurden[1]. Da jedoch zugleich auch Einigkeit[2] darüber bestand, daß nicht alle Rechtsreflexe[3] zu den "Rechten" in diesem Sinne gezählt werden können, ergab sich somit zwangsläufig die Frage, nach welchen Kriterien die subjektiven öffentlichen Rechte (im weiteren Sinne) begrifflich von den bloßen Reflexen des objektiven Rechts abgegrenzt werden können. Hierum geht denn auch in erster Linie der Streit[4].

Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung braucht auf diese Meinungsverschiedenheiten jedoch nicht eingegangen zu werden, da es hier einzig und allein um die Frage geht, ob dem Benutzer mit der Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis auf Zeit ein volles subjektives öffentliches Recht (im engeren Sinne) gewährt wird. Über die wesentlichen Elemente dieses Begriffs aber besteht heute weitestgehende Einigkeit[5], was wohl nicht zuletzt auch darauf zurückzuführ-

1) Vgl. hierzu etwa Dürig in Maunz-Dürig, GG Art.19 IV Rndn.34.
2) Vgl. beispielsweise Wolff, Abwendungsanspruch S.120.
3) Zur Terminilogie vgl. etwa Huber, WirtschVerwR I S.683.
4) Vgl. dazu etwa Bachof, Rechtsstaat S.72 ff.; ders.: Reflexwirkungen S.287 ff.; Bühler, Rechte S.269 ff.; Klein, Generalklausel S.111 ff.; ferner Forsthoff, VerwR I § 10 S.171 f mit zahlreichen weiteren Nachweisen auch aus dem älteren Schrifttum.
5) Vgl. etwa Friesenhahn, Grundlagen S.261 f; F.Mayer, JuS 1963, 208; Landmann-Giers-Proksch, VerwR S.139 f; Obermayer in Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, Staats- und Verwaltungsrecht S.162 ff.; Wolff, VerwR I § 43 III d 1 S.233; ders.: Abwendungsanspruch S.119 f u. S.125; Ipsen, Widerruf gültiger Verwaltungsakte S.68; s. ferner auch Art.10 wüEVRO.

ren ist, daß insoweit die Problematik im Privatrecht gleich liegt und die diesbezügliche Forschung dort schon weiter fortgeschritten ist[1]. Mit Wolff[2] soll er hier definiert werden als "die perfekte Berechtigung einer Zivilperson, der eine unausweichliche (rechtlich notwendige) Leistungs-, Duldungs- oder Unterlassungspflicht der Subjekte öffentlicher Verwaltung entspricht".

b) Da nun in den neuen Straßen- und Wegegesetzen nicht ausdrücklich festgelegt ist, ob dem Benutzer in den hier in Rede stehenden Fällen ein Recht in diesem Sinne eingeräumt wird oder nicht, muß die Antwort auf diese Frage im Wege der Auslegung ermittelt werden[3].

1. Dafür ist es zunächst von Bedeutung, daß die Sondernutzungserlaubnis auf Zeit erteilt wird. Schon bei rein philologischer Interpretation ergibt sich hieraus recht deutlich, daß die Erlaubnis für den in ihr angegebenen Zeitraum auf jeden Fall Geltung haben soll. Das aber heißt nichts anderes, als daß sie so lange dem Widerruf durch die zuständige Behörde entrückt sein soll, oder anders ausgedrückt, daß der Bestand der Erlaubnis ohne Rücksicht auf eine nachträglich möglicherweise eintretende Änderung rechtserheblicher Umstände, die üblicherweise einen solchen Widerruf veranlassen, gesichert sein soll. Diese Auslegung wird im übrigen einmal dadurch bestätigt, daß die Gesetze in diesen Fällen keine Widerrufsmöglichkeiten vorsehen[4]. Und zum anderen

1) Vgl. dazu auch Bachof, Reflexwirkungen S.292.
2) Vgl. den Nachweis in Anm.5 der vorhergehenden Seite.
3) H.M.; vgl. statt vieler Huber, WirtschVerwR I S.684 und Wolff, VerwR I § 43 I b 2 S.225.
4) Dem widerspricht es nicht, daß das hessStrG in § 16 Abs. 2 S.3 und das bad-württ StrG in § 18 Abs.2 S.2 den Widerruf einer auf Zeit erteilten Sondernutzungserlaubnis unter der Voraussetzung für zulässig erklären, daß es das "Wohl der Allgemeinheit" erfordert und für diesen Fall in § 16 Abs.6 S.2 bzw. in § 18 Abs.6 S.2 eine "angemessene" Entschädigung des Betroffenen vorschreiben. Im Gegenteil kann in diesen Regelungen geradezu eine Bestätigung der im Text vertretenen Auffassung erblickt werden. Denn wenn diese Landes-Gesetzgeber sowohl an die Voraussetzungen wie auch an die Rechtsfolgen eines solchen Widerrufs praktisch die gleichen Maßstäbe anlegen, wie sie in Art.14 GG für

führt insbesondere auch eine teleologische Interpretation der betreffenden Vorschriften zu demselben Ergebnis: Wird diese Regelung nämlich im Zusammenhang gesehen mit dem in manchen Fällen gegebenen Interesse des Benutzers an einer gesicherten Rechtsposition[1], so ist bei verständiger Würdigung ihres Sinnes und Zweckes wohl nur die Deutung möglich, daß nach der gesetzlichen Interessenbewertung dieses Benutzerinteresse den Vorzug vor den mit ihm eventuell kollidierenden, durch den öffentlich-rechtlichen Sachherrn wahrgenommenen öffentlichen Interessen[2] haben und deshalb innerhalb des fraglichen Zeitraumes in vollem Umfange geschützt sein soll[3]. Dies aber führt in Übereinstimmung mit der Auffassung Wolffs zu der Annahme, daß dem Benutzer mit der Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis auf Zeit in der Tat ein befristetes volles subjektives öffentliches Recht (im engeren Sinne) eingeräumt wird.

2. Außer mit diesen speziell aus der Fassung der neuen Straßen- und Wegegesetze hergeleiteten Argumenten läßt sich die hier vertretene Auffassung aber auch noch mit zwei allgemeineren Überlegungen begründen.

aa) Auf einen Gesichtspunkt, der in diesem Zusammenhang von Belang ist, wurde oben[4] bereits kurz hingewiesen. Es handelt sich darum, daß auch der Gesetzgeber selbst in anderem Zusammenhang - nämlich im Bereich des Wasserrechts - die Notwendigkeit anerkannt hat, den Benutzer öffentlicher

Forts.v.Bl.98
eine Enteignung vorgesehen sind, so deutet das darauf hin, daß sie selbst von der Annahme ausgegangen sind, der Benutzer erhalte mit der Erteilung einer solchen Erlaubnis auf Zeit eine in vollem Umfange gesicherte, nämlich letzthin nur unter Enteignungsvoraussetzungen wieder entziehbare Rechtsposition.

1) Vgl. dazu oben S.80.
2) Vgl. oben S.81.
3) S. dazu auch Bachof, Vornahmeklage S.67 f.
4) Vgl. S.96.

Sachen bei gewissen Fallgestaltungen[1] durch eine wirklich gesicherte Rechtsposition vor dem Entzug einer einmal erteilten Benutzungsbefugnis zu schützen: Dort ist nämlich ausdrücklich festgelegt, daß dem Benutzer mit der Erteilung einer Bewilligung[2] ein volles subjektives öffentliches Recht (im engeren Sinne) gewährt wird. Dies kann auch bei der Beantwortung der hier anstehenden Frage nicht außer Acht gelassen werden, da die Bestimmungen über die nicht im Rahmen des Gemeingebrauchs liegenden Gebrauchsformen im Wasserrecht im Prinzip ebenso konstruiert sind wie im Wegerecht[3] und deshalb insoweit in beiden Rechtsgebieten in den für die rechtliche Bewertung wesentlichen Hinsichten die gleichen Interessenkonflikte auftreten[4]. Damit aber greift jene wichtige Interpretationsregel ein, nach der alle Rechtssätze nach Möglichkeit, d.h. im Rahmen ihres möglichen Wortsinns und des Bedeutungszusammenhangs, so auszulegen sind, daß Interessenbewertungswidersprüche innerhalb der Rechtsordnung vermieden werden[5]. Würde nun, aus welchen Gründen auch immer, im Wegerecht anders als im Wasserrecht die Auffassung vertreten, daß die insoweit allein in Betracht kommende Sondernutzungserlaubnis auf Zeit keine in vollem Umfange gesicherte Rechtsposition

1) Wie sich schon aus der Begründung zu § 8 WHG und im übrigen auch aus den ihr insoweit folgenden Erläuterungswerken zum WHG ergibt, hatte der Gesetzgeber dabei gerade auch die hier im Bereich des Wegerechts besonders problematischen Fälle im Auge, in denen der Benutzer anläßlich der Inanspruchnahme der Straße erhebliches Kapital investieren muß.

2) Vgl. § 8 WHG und die entsprechenden Bestimmungen der Landeswassergesetze.

3) Das heißt, daß auch sie auf dem Prinzip des sogen. Verbots mit Erlaubnisvorbehalt aufbauen; s. dazu oben S.83 f.

4) Dies ergibt sich im wesentlichen daraus, daß es sich beidemale um die Benutzung öffentlicher Sachen im Gemeingebrauch handelt. Im einzelnen kann dies hier freilich nicht dargelegt werden, da es ein im Rahmen der vorliegenden Untersuchung zu ausführliches Eingehen auf die Bestimmungen der neuen Wassergesetze des Bundes und der Länder erforderlich machen würde. Es muß deshalb insoweit auf die geläufigen Gesamtdarstellungen des öffentlichen Sachenrechts, vornehmlich in den Lehrbüchern des Verwaltungsrechts, verwiesen werden.

5) Vgl. dazu etwa Larenz, Methodenlehre S.254; s. auch Wolff, VerwR I § 28 III c 5 S.124 und Westermann, Streitentscheidung S.21 f.

gewährt, obwohl die einschlägige Formulierung in den neuen Straßen- und Wegegesetzen, wie soeben schon gezeigt wurde, sowohl nach ihrem Wortsinn wie auch nach ihrem Bedeutungszusammenhang dieser Deutung durchaus Raum läßt, so ergäbe sich im Bereich des öffentlichen Sachenrechts ein solcher vermeidbarer Bewertungswiderspruch, der letztlich mit den Forderungen der Gerechtigkeit[1] nicht in Einklang gebracht werden könnte. Deshalb zwingt auch dieser Auslegungsgrundsatz zu der Annahme, daß dem Benutzer einer öffentlichen Straße mit der Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis auf Zeit ein befristetes volles subjektives öffentliches Recht (im engeren Sinne) gewährt wird.

bb) Und schließlich ergibt sich dies auch noch auf Grund folgender Erwägung: Die ganz h.M.[2] folgert heute "aus der Gesamtkonzeption des Grundgesetzes mit seinem Bekenntnis zum Primat der menschlichen Persönlichkeit und der menschlichen Freiheit, zu ihrem Vorrang vor den Staatsinteressen, mit seiner Sozialstaatserklärung, sowie schließlich mit seiner Tendenz einer durchgängigen Beschränkung und Kontrolle staatlicher Machtäußerung"[3] zutreffend, daß eine einer Zivilperson zugute kommende Begünstigung des objektiven Rechtes im Zweifel als subjektives öffentliches Recht angesehen werden muß. Diese Regel wird zwar vielfach nur in Zusammenhang mit dem Problem erörtert, wie die subjektiven öffentlichen Rechte (im weiteren Sinne) von den bloßen Rechtsreflexen abzugrenzen seien. Das darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, daß sie - was im übrigen vornehmlich im Hinblick auf die Entscheidung des Grundgesetzes für den sozialen Rechtsstaat sowohl in der Wissenschaft[4] wie auch in der

1) Ebenso auch Larenz, Methodenlehre S.254.
2) Vgl. Bachof, Reflexwirkungen S.303; Dürig in Maunz-Dürig, GG Art.19 IV Rndn.36; Forsthoff, VerwR I § 10 S.172; Huber, WirtschVerwR I S.684 u. 685; Obermayer in Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, Staats- und Verwaltungsrecht S.128 f; Wolff, VerwR I § 43 I b 1 S.225.
3) Bachof, Reflexwirkungen S.301.
4) Vgl. Bachof, Reflexwirkungen S.301 f; Huber, WirtschVerwR I S.687, Obermayer in Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, Staats- und Verwaltungsrecht S.128 f.

Rechtsprechung[1] gleichfalls ausdrücklich anerkannt ist - dort, wo diese Frage sinnvollerweise überhaupt gestellt werden kann, ebenso auch eine Vermutung für das Vorliegen eines hier allein in Rede stehenden vollen subjektiven öffentlichen Rechtes (im engeren Sinne) begründet. Im gegenwärtigen Zusammenhang aber bedeutet dies, daß hier, wo in der Tat so vieles für das Vorliegen eines solchen vollen subjektiven öffentlichen Rechtes (im engeren Sinne) spricht, mangels einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung auch kraft dieser Vermutung angenommen werden muß, daß die dem Benutzer durch die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis auf Zeit gewährte Rechtsposition ein befristetes Recht in dem dargelegten juristisch-technischen Sinne ist.

c) Damit genießt also der Sondernutzungsberechtigte insoweit nach den neuen Straßen- und Wegegesetzen im wesentlichen den gleichen Schutz wie nach dem bislang geltenden Gewohnheitsrecht. Wie sich aus den vorstehenden Ausführungen ohne weiteres ergibt, unterscheidet sich der neue Rechtszustand vom bisherigen im Ergebnis lediglich dadurch, daß die fragliche Sondernutzungserlaubnis nicht mehr - wie bisher die Nutzungsverleihung - auf unbegrenzte Zeit, sondern nur noch für einen im voraus genau bestimmten Zeitraum erteilt wird. Das aber bedeutet - wie Spanner[2] zutreffend hervorhebt - in der Tat nur eine "gewisse Schwächung der Rechtsstellung" des Erlaubnisnehmers, die einerseits für diesen keineswegs so einschneidend ist, wie es beim ersten Hinsehen den Anschein hat, da er ja nach wie vor die Rentabilität des von ihm geplanten Vorhabens von vorneherein auskalkulieren kann, und die andererseits doch auch den tatsächlichen Anforderungen des täglich wachsenden Verkehrs in angemessener

1) Vgl. beispielsweise BVerwG Urt.v. 24.6.1954 = BVerwGE 1, 159 ff., wo das Gericht im Hinblick auf die Leitgedanken des Grundgesetzes ausgesprochen hat, daß dem Begünstigten gegen den Träger der Fürsorge ein Rechtsanspruch auf Fürsorgeleistungen zusteht.
2) Grenzen S.15.

Weise Rechnung trägt[1].

Es ist zwar nicht zu verkennen, daß dem Gesetzgeber mit der hier entwickelten Auffassung - formal-juristisch betrachtet - eine gewisse dogmatische Inkonsequenz nachgewiesen wird, da, wie oben[2] gezeigt wurde, auch die Sondernutzungserlaubnis auf Zeit den Rechtscharakter einer Ausnahmebewilligung besitzt und deshalb eigentlich dem oben[3] erwähnten Grundsatz des allgemeinen Verwaltungsrechts entsprechend kein volles subjektives öffentliches Recht (im engeren Sinne) gewähren dürfte[4]. Gleichwohl erscheint aber jede andere Interpretation der einschlägigen Gesetzesstellen in Anbetracht der im Sondernutzungsrecht gegebenen Interessenlage und unter Berücksichtigung der soeben herangezogenen Auslegungsgrundsätze nicht möglich. Damit ergibt sich allerdings die Notwendigkeit, des näheren zu untersuchen, ob und gegebenenfalls welche Folgerungen diese dogmatische Inkonsequenz für die übrige rechtliche Konstruktion der Sondernutzungserlaubnis auf Zeit hat. Dies soll im folgenden geschehen.

---

1) In ähnlichem Sinne weisen in diesem Zusammenhang auch Sieder-Zeitler, StrWG Art.18 Rndn. 21 S.158 darauf hin, daß ein ausgesprochenes öffentliches Interesse daran besteht, daß die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs nicht mehr durch den dauernden Bestand fremder Anlagen beeinträchtigt wird, die erst dann durch ein (möglicherweise ja langwieriges und jedenfalls kostspieliges) Enteignungsverfahren beseitigt werden können, wenn schon (erhebliche) Störungen des Gemeingebrauchs eingetreten sind.

2) S. 82 ff.

3) S. 93.

4) In dieser Hinsicht war übrigens auch die bisher h.M. in sich nicht folgerichtig, wenn sie einerseits in der Verleihung eines Sondernutzungsrechts die Erteilung einer Ausnahmebewilligung erblickte, und andererseits gleichwohl ohne weiteres annahm, daß durch sie ein volles subjektives öffentliches Recht (im engeren Sinne) begründet werde.

B) Der Unterschied zwischen der Sondernutzungserlaubnis auf Widerruf und der Sondernutzungserlaubnis auf Zeit auf der Tatbestandsseite

Es fragt sich nunmehr, ob und gegebenenfalls wie die Sondernutzungserlaubnis auf Widerruf und die Sondernutzungserlaubnis auf Zeit auch tatbestandlich voneinander unterschieden, gegeneinander abgegrenzt werden können.

AA) Die Notwendigkeit einer tatbestandlichen Unterscheidung

Wie oben[1] bereits erwähnt wurde, gibt der Wortlaut der neuen Straßen- und Wegegesetze in dieser Hinsicht keinen Aufschluß. Gleichwohl erscheint es aber sehr bedenklich, wenn daraus im wissenschaftlichen Schrifttum verschiedentlich die Folgerung abgeleitet wird[2], daß eine tatbestandliche Unterscheidung dieser beiden Erlaubnisarten weder erforderlich noch auch nur möglich sei. Damit würde es nämlich letztlich dem jeweiligen Dafürhalten der Verwaltung anheimgestellt, welche der beiden Erlaubnisse sie dem Benutzer im Einzelfall erteilt. Eine solche Handhabung der in den neuen Straßen- und Wegegesetzen enthaltenen Benutzungsvorschriften kann aber angesichts der so sehr unterschiedlichen durch sie vermittelten Rechtspositionen vom Gesetzgeber schon deshalb kaum beabsichtigt gewesen sein, weil dabei keinerlei Gewähr dafür gegeben wäre, daß die Interessenbewertungen, die in den jeweils im Hinblick auf ganz bestimmte Interessenkonflikte geschaffenen gesetzlichen Regelungen zum Ausdruck kommen, wirklich auch in der täglichen Rechtspraxis als maßgeblich angesehen werden. Daß hier, wo der Gesetzgeber wegen der besonderen Interessenlage im Sondernutzungsrecht in Gestalt der Sondernutzungserlaubnis auf Zeit ohnehin schon eine gewisse Systemwidrigkeit in Kauf nehmen mußte, ein noch erhöhtes Bedürfnis nach strikter Beachtung der gesetzlichen Interessenbewertung

1) S. 90 f.
2) Vgl. dazu die Nachweise oben S. 45 Anm. 4.

besteht, um den praktischen Anwendungsbereich dieser dogmatisch unkorrekten Regelung auf ein wirklich notwendiges Maß zu beschränken, bedarf keiner besonderen Hervorhebung. Schließlich sollte aber auch bedacht werden, daß es nicht nur vom Standpunkt des Gesetzgebers aus erforderlich, sondern ebenso auch im Interesse des eine Sondernutzungsbefugnis anstrebenden Bürgers wünschenswert erscheint, die beiden Erlaubnisarten auch auf der Tatbestandsseite voneinander zu unterscheiden, damit sich dieser bei seinen möglicherweise notwendigen Kalkulationen im voraus ungefähr auszurechnen vermag, ob für das von ihm geplante Vorhaben eine Erlaubnis auf Zeit oder nur eine Erlaubnis auf Widerruf in Betracht kommt.

Nach allem erscheint es deshalb entgegen einer in der Wissenschaft teilweise vertretenen Auffassung unbedingt erforderlich, die beiden Sondernutzungserlaubnisse auch tatbestandlich gegeneinander abzugrenzen.

BB) Die Abgrenzungsversuche in der Wissenschaft

Diese Notwendigkeit wird im übrigen der Sache nach auch im wissenschaftlichen Schrifttum selbst verschiedentlich anerkannt. Das zeigt sich daran, daß einige Autoren den Versuch unternehmen, den Anwendungsbereich der Sondernutzungserlaubnis auf Zeit auf bestimmte, verhältnismäßig eng umschriebene Fallgruppen einzuschränken.

I. a) So schreiben etwa Marschall[1] und Groebe[2], daß eine Sondernutzungserlaubnis auf Zeit nur dann in Betracht komme, wenn der Benutzer anläßlich der Inanspruchnahme der Straße erhebliche wirtschaftliche Investitionen aufwenden müsse, die nur im Verlaufe eines längeren Zeitraumes abgedeckt werden könnten[3]. In allen übrigen Fällen dagegen solle nur eine jederzeit widerrufliche Benutzungsbefugnis gewährt werden.

1) FStrG § 8 Rndn. 4a S.303.
2) Bay VwBl 1959, 182.
3) So auch Jahn, NJW 1961, 2197.

b) Weitergehend wollen Sieder-Zeitler[1] für die Frage, ob im Einzelfall eine Sondernutzungserlaubnis auf Zeit oder auf Widerruf erteilt werden soll, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit maßgebend sein lassen. Danach sei unter den gegebenen Möglichkeiten grundsätzlich die dem Erlaubnisnehmer günstigere auszuwählen, wenn dabei den Erfordernissen des Verkehrs und dem Schutz der Straße Genüge geschehen könne. Mit Marschall sei aber "andererseits auch anzunehmen, daß eine Erlaubnis auf Zeit dann statthaft ist, wenn der Sondernutzungsnehmer erhebliche wirtschaftliche Investitionen machen muß, die nur im Laufe einer längeren Zeit abgedeckt werden können".

c) Und schließlich vertritt Salzwedel[2] die Auffassung, daß die Sondernutzungserlaubnis auf Zeit ebenso wie die Bewilligung im Wasserrecht nur dann erteilt werden darf, wenn dem Unternehmer die Durchführung seines Vorhabens ohne eine gesicherte Rechtsstellung nicht zugemutet werden kann. Dies sei zwar lediglich in § 8 WHG ausdrücklich bestimmt, es ergäbe sich aber auch für den Bereich des Wegerechts daraus, daß der Träger der Straßenbaulast nur unter der Voraussetzung im Interesse des Unternehmens zeitlich festgelegt werden dürfe, daß es unbedingt geboten erscheine.

II. Diese Meinungen können allerdings durchweg nicht voll überzeugen. Zwar mögen sie dem richtigen Ergebnis überwiegend sehr nahe kommen; ihnen allen ist jedoch gemeinsam, daß sie sich in dieser Form nicht aus den neuen Straßen- und Wegegesetzen herleiten lassen.

a) Das gilt zunächst für die Ansicht Marschalls und Groebes, Warum nämlich die Sondernutzungserlaubnis auf Widerruf praktisch den Regelfall bilden und die Sondernutzungserlaubnis auf Zeit nur dann infrage kommen soll, wenn

1) StrWG Art.18 Rndn.19 S.157.
2) Gemeingebrauch S.87.

der Benutzer erhebliches Kapital aufwenden muß, das lassen ihre Darlegungen nicht erkennen. Zum mindesten der Wortlaut der neuen Straßen- und Wegegesetze - und nur auf diesen wollen sich Marschall und Groebe ja offensichtlich stützen - ließe ebensogut auch den gegenteiligen Schluß zu[1]. Da beide Autoren ihre Auffassungen bezeichnenderweise auch überhaupt nicht begründen, mag schon dieser Hinweis genügen, um darzutun, daß sie sich - wenigstens in dieser Gestalt - nicht aufrecht erhalten läßt.

b) Im wesentlichen gleiche Bedenken müssen aber auch gegen die Lehre von Salzwedel geltend gemacht werden. Zwar unternimmt Salzwedel immerhin den Versuch, seine Meinung zu untermauern. Auf welche Weise es sich aber aus den neuen Straßen- und Wegegesetzen ergeben soll, daß der Straßenbaulastträger nur unter der Voraussetzung durch eine Sondernutzungserlaubnis auf Zeit zeitlich gebunden werden darf, daß dem Unternehmer die Durchführung seines Projektes ohne eine gesicherte Rechtsstellung nicht zugemutet werden kann, dafür bleibt auch Salzwedel den Nachweis schuldig. Auch seine Ausführungen vermögen deshalb nicht voll zu befriedigen.

c) Schließlich kann auch die von Sieder-Zeitler vertretene Meinung nicht überzeugen. Denn wenn nach ihr - entsprechend dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit - grundsätzlich die dem Benutzer günstigste Erlaubnis erteilt werden soll, sofern dabei nur den Erfordernissen des Verkehrs und dem Schutz der Straße Genüge geschieht, dann hat sie damit unausgesprochen zur Voraussetzung, daß beide in den Straßen- und Wegegesetzen vorgesehenen Ausformungen der Sondernutzungserlaubnis nach der gesetzlichen Interessenbewertung hinsichtlich ihres Anwendungsbereiches im Prinzip gleichberechtigt nebeneinander stehen. Das aber ist eine Prämisse, die unzutreffend ist. Wie sogleich zu zeigen sein wird, er-

1) Dafür ließe sich sogar noch das Argument ins Feld führen, daß die Sondernutzungserlaubnis auf Zeit vor derjenigen auf Widerruf genannt ist.

gibt sich nämlich aus der Gesetzessystematik das Gegenteil. Deshalb kann auch mit Hilfe dieses Grundsatzes das hier anstehende Abgrenzungsproblem nicht gelöst werden.

CC) Die Problemstellung

Vermutlich wäre die Diskussion um diese Frage weiter gekommen, wenn die spezifische Problemstellung, die hier auftritt, bislang schon einmal deutlicher herausgearbeitet worden wäre. In der Tat erscheint es nämlich nur dann möglich, eine befriedigende Antwort auf sie zu finden, wenn in dieser Hinsicht zuvor ausreichende Klarheit geschaffen worden ist. Dieser Aufgabe soll sich die eigene Untersuchung deshalb als erstes zuwenden.

I. Dazu erscheint es notwendig, zunächst noch einmal kurz auf die vorstehenden Erörterungen zurückzugehen. Diese haben insoweit ergeben, daß der Gesetzgeber zwar einerseits im Grundsatz alle Sondernutzungen unter das Prinzip des sogenannten Verbots mit Erlaubnisvorbehalt gestellt hat mit der Folge, daß alle Sondernutzungserlaubnisse den Rechtscharakter von Ausnahmebewilligungen haben, und daß er aber andererseits diese seine Grundentscheidung auf der Rechtsfolgeseite wegen der im Sondernutzungsrecht gegebenen Interessenlage nicht durchweg konsequent durchführen konnte. Im einzelnen hat sich das daran gezeigt, daß die Sondernutzungserlaubnis auf Widerruf, die vom Boden des Rechtscharakters der Benutzungsbefugnisse aus betrachtet durchaus folgerichtig ausgestaltet ist, nicht in allen denkbaren Fällen den Interessen insbesondere des Sondernutzungsberechtigten gerecht wird und daß aus diesem Grunde in den neuen Straßen- und Wegegesetzen daneben auch die Möglichkeit der Erteilung einer (formal-juristisch gesehen systemwidrigen) Sondernutzungserlaubnis auf Zeit vorgesehen ist, mit deren Hilfe in der täglichen Rechtspraxis Ergebnisse vermieden werden können (und sollen), die den Erlaubnisnehmer mit nicht mehr zu vertretenden Risiken belasten und deshalb mit einer an der Gerechtigkeitsidee orientierten Betrachtungsweise nicht zu vereinbaren sind.

Diese Feststellungen gelangen nun hier für die Frage nach dem praktischen Anwendungsbereich und damit nach der tatbestandlichen Unterscheidung der beiden Sondernutzungserlaubnisse in zweifacher Richtung zu Bedeutung: Einmal nötigen sie zu dem Schluß, daß der im Sondernutzungsrecht gegebenen Interessenlage nach der gesetzlichen Interessenbewertung normalerweise die dogmatisch folgerichtig ausgestaltete Sondernutzungserlaubnis auf Widerruf angemessen ist, daß sie also - wie es im wissenschaftlichen Schrifttum auch bisher verschiedentlich schon vertreten wird - bei der Erteilung einer Benutzungsbefugnis in der Tat den Regelfall bilden soll und aus diesem Grunde einer näheren tatbestandlichen Eingrenzung ihres Anwendungsgebietes weder bedürftig noch auch nur fähig ist. Und zum anderen folgt aus ihnen weiter, daß sich deshalb die Bemühungen um eine Tatbestandsbildung ausschließlich auf die Sondernutzungserlaubnis auf Zeit konzentrieren müssen, um deren Anwendungsbereich auch wirklich auf jene Fälle einzuschränken, für die sie nach dem (verobjektivierten) Willen des Gesetzgebers tatsächlich vorgesehen ist. Für das Verhältnis der beiden Erlaubnisse zueinander und damit für die Frage nach ihrer tatbestandlichen Unterscheidung ergibt sich sohin ein echtes Regel-Ausnahme-Verhältnis, nach dem die Sondernutzungserlaubnis auf Widerruf als Regel immer dann erteilt werden soll, wenn nicht (bei Vorliegen der dafür noch zu entwickelnden tatbestandlichen Voraussetzungen) ausnahmsweise die Gewährung einer Sondernutzungserlaubnis auf Zeit in Betracht kommt.

II. Mit dieser Einsicht sind jedoch keineswegs schon alle Schwierigkeiten, die sich einer tatbestandlichen Unterscheidung der beiden Benutzungsbefugnisse entgegenstellen, aus dem Weg geräumt. Vielmehr ist damit lediglich erst der Grund dafür gelegt, daß nunmehr die eigentliche hier auftretende Problemstellung richtig herausgearbeitet werden kann. Diese ergibt sich wiederum speziell daraus, daß - wie gezeigt wurde - der Wegegesetzgeber bei der Sondernutzungserlaubnis auf Zeit einen Verstoß gegen einen allgemeinen

verwaltungsrechtlichen Grundsatz, nach dem Ausnahmebewilligungen kein volles subjektives öffentliches Recht (im engeren Sinne) verschaffen können, in Kauf genommen hat, damit unbillige Ergebnisse, die sich bei der praktischen Anwendung der Benutzungsvorschriften andernfalls notwendig ergeben müßten, vermieden werden können.

Würde nun ungeachtet dieser dogmatischen Inkonsequenz der "Tatbestand" der Sondernutzungserlaubnis auf Zeit mit Hilfe abstrakt-begrifflicher Merkmale[1] gebildet, die bereits eine bestimmte Interessenentscheidung, einen anwendbaren Beurteilungsmaßstab, oder anders ausgedrückt: ein gleichsam schon antizipiertes, hypothetisches Urteil enthielten, unter das der Einzelfall von dem zur Entscheidung berufenen Organ nur noch subsumiert[2] zu werden brauchte, dann müßte zwangsläufig angenommen werden, daß in all jenen von ihm erfaßten Fällen eine andere Interessenbewertung Platz greifen soll, als sie in dem oben erwähnten Grundsatz des allgemeinen Verwaltungsrechts zum Ausdruck kommt. Das aber würde bedeuten, daß diesem Grundsatz in einem Teilbereich zwar nur, insoweit aber eben doch allgemein sein Geltungsanspruch versagt würde. Damit wäre jedoch unausweichlich das Eingeständnis verbunden, daß sich entweder der Gesetzgeber selbst oder das zur Gesetzesauslegung berufene Organ auf

1) Man könnte hier auch sagen: deskriptive Merkmale; vgl. zu diesem Begriff Engisch, Einführung S.109 f.

2) Der Begriff "Subsumition" wird im wissenschaftlichen Schrifttum verschieden definiert; vgl. dazu etwa Engisch, Einführung S.196 Anm.47 und Larenz, Methodenlehre S.210 Anm.1 mit weiteren Nachweisen. Auf diese Meinungsverschiedenheiten kann und soll hier zwar nicht eingegangen werden; um der Klarheit willen sei an dieser Stelle jedoch wenigstens vermerkt, daß hier unter diesem Begriff nicht nur ein rein formallogisches Urteils- und Schlußverfahren verstanden werden soll, sondern daß er - i.S. der Larenz'schen Gliederung - auch auf die Anwendung derjenigen Tatbestandsmerkmale erstreckt werden soll, die auf durch die soziale Erfahrung vermittelte Urteile Bezug nehmen. Demnach soll also nur die Auslegung der sogen. "wertausfüllungsbedürftigen" Begriffe nicht als Subsumtion angesehen werden.

Geheiß des Gesetzgebers über ein Dogma, das heute zum gesicherten Bestand der modernen Verwaltungsrechtswissenschaft gehört, unbekümmert hinwegsetzen könnte. Es bedarf indessen keiner näheren Darlegung, daß hiervon nicht ohne zwingenden Grund ausgegangen werden kann[1)2)].

Danach erhebt sich also die Frage, ob die hier gestellte Aufgabe methodisch auch auf dem umgekehrten Wege gelöst werden kann. Im Hinblick auf die gesuchten "Tatbestandsmerkmale" der Sondernutzungserlaubnis auf Zeit würde dies zweierlei bedeuten: einmal dürften sie nicht abstrakt-begrifflicher Natur sein und deshalb schon fertige Interessenentscheidungen, bereits anwendbare Beurteilungsmaßstäbe enthalten, sondern sie müßten im Gegenteil das jeweils zur Entscheidung berufene Organ geradezu anweisen, die maßgeblichen Interessenbewertungen erst bei der Beurteilung des Einzelfalles selbst zu finden bzw. festzustellen; und zum anderen dürften sie - was mit dem ersten untrennbar zusammenhängt - den eben erwähnten verwaltungsrechtlichen Grundsatz nicht in einem Teilbereich ganz allgemein außer Kraft setzen, sondern sie müßten es umgekehrt lediglich ermöglichen, ihn in solchen (jeweils erst festzustellenden) Fällen, in denen seine strikte Anwendung den Benutzer (wirtschaftlich) übermäßig belasten würde, zu übergehen, ohne hierdurch jedoch seinen prinzipiellen Geltungsanspruch infrage zu stellen. Mit anderen Worten und ein wenig abstrakter ausgedrückt läßt sich deshalb sagen, daß die gesuchten "Tatbestandsmerkmale" das zur Entscheidung berufene Organ ermächtigen müßten, in besonders gelagerten Fällen, in denen der genannte Grundsatz zu "mit Recht und Gerechtigkeit schlechthin nicht mehr zu vereinbarenden Er-

1) H.M.; Vgl. statt vieler etwa Krüger, Gesetzgebungstechnik S.552; Schack, Sondernutzung S.65 Anm. 124 und Stern, Konzessionsvertrag S.291.

2) Bezüglich des bisherigen gesteigerten Sondergebrauchs (Nutzungsverleihung) hat die bislang h.M. diese Erwägungen völlig außer Acht gelassen. Hier lag deshalb ein schwerer Mangel in der überkommenen Systematik; vgl. dazu S. 103 Anm.4.

gebnissen führen würde"[1], im Interesse einer gerechten Einzelfallentscheidung abweichend von der allgemeinen Regel zu verfahren und diese damit insoweit praktisch vom Einzelfall her zu korrigieren, ohne hierdurch jedoch ihre grundsätzliche Rechtsverbindlichkeit anzutasten. So betrachtet aber handelt es sich hier um ein Problem, das nicht unbedingt nur dem Sondernutzungsrecht oder auch dem Verwaltungsrecht im allgemeinen angehören muß, sondern das zum mindesten theoretisch ebenso auch in allen anderen Bereichen der Rechtsordnung auftreten kann und das demgemäß seinen eigentlichen Standort im Bereich der Allgemeinen Rechtslehre hat. Von da her ergeben sich dann u.U. auch mögliche Ansatzpunkte für seine Lösung, da angenommen werden darf, daß das Recht diese Frage überall gleich behandelt.

DD) Eigener Lösungsversuch

Dem eben Gesagten zufolge kann also die hier gestellte Aufgabe nur in der Weise bewältigt werden, daß zunächst geprüft wird, ob gleiche Fragestellungen tatsächlich auch noch in anderen Teilen der Rechtsordnung auftreten und wie sie dort gegebenenfalls behandelt werden und indem sodann die dadurch gewonnenen Einsichten für das hier anstehende Problem nutzbar gemacht werden.

I. Dabei kann zunächst auf Untersuchungen zurück gegriffen werden, die - soweit ersichtlich ist - bislang als einziger Henkel[2] in dieser Richtung auf breiter Grundlage angestellt hat. Obgleich zwar der Ausgangspunkt, von dem her Henkel an diese Problematik herankommt, ein ganz anderer ist als bei den gegenwärtigen Erörterungen, enthalten seine Darlegungen im hier wesentlichen Kern doch folgende Gedanken[3]:

a) In praktisch allen wichtigen Teilen der Rechtsordnung komme es vor, daß Rechtssätze oder -regeln in gewissen

1) BGH, Urt. v. 14.10.1959 in NJW 1959, 2203.
2) Zumutbarkeit S.249 ff.
3) Vgl. insbes. S.260 ff. und S. 301 ff.

(Grenz-)Bereichen ihrer Anwendungsgebiete zu unbilligen Ergebnissen führen. Deshalb bestehe im Interesse einer gerechten Einzelfallentscheidung mitunter ein begründetes Bedürfnis danach, sie insoweit einer "Grenzkorrektur"[1] zu unterziehen. Dies werde zum Teil schon vom Gesetzgeber selbst, zum Teil aber auch erst bei der Auslegung der Gesetze erkannt und berücksichtigt. Dabei werde methodisch in allen Gebieten der Rechtsordnung in gleicher Weise verfahren, insofern nämlich die Grenzkorrektur immer mit Hilfe der Begriffe der "Zumutbarkeit" bzw. der "Unzumutbarkeit" durchgeführt werde. In praxi sehe das dann so aus, daß die jeweils infrage stehenden Rechte oder Pflichten in Gestalt von Rechtssätzen oder -grundsätzen als Regel statuiert würden, zugleich aber entweder vom Gesetzgeber selbst oder nachträglich bei der Auslegung der Gesetze festgestellt werde, daß diese Regel dann nicht gelte, wenn sie den Betroffenen in unzumutbarer[2] Weise belaste. Hierbei werde die Klausel von der (Un-)Zumutbarkeit durchweg als ein Merkmal aufgefaßt, das mangels der für die Anwendung auf den Einzelfall erforderlichen Bestimmtheit nicht schon durch den Begriff als solchen den Inhalt der zu treffenden Entscheidung angibt, sondern das lediglich einen "(wert-)ausfüllungsbedürftigen"[3] Grundgedanken enthält und den Rechtsanwender deshalb anweist, diesen Grundgedanken jeweils erst bei der Beurteilung des Einzelfalles durch Aufsuchen der rechtlichen Wertvorstellungen der Gesamtheit zu "konkretisieren", um auf diese Weise "festzustellen, was gilt" (Engisch).

Zum Beleg für diese seine Thesen führt Henkel zahlreiche Beispiele an, um mit ihrer Hilfe diese einheitli-

1) S. 303.
2) Über den Inhalt des Zumutbarkeitsmaßstabes vgl. unten S. 122 f.
3) Vgl. zu diesem Begriff etwa Engisch, Einführung S.111. Obwohl das Wort "wertausfüllungsbedürftig" unschön ist, hat es sich im Sprachgebrauch des Schrifttums doch durchgesetzt; es soll deshalb auch im Rahmen der vorliegenden Untersuchung verwendet werden.

che Funktion der (Un-)Zumutbarkeitsklausel ersichtlich zu machen. Es muß indessen darauf verzichtet werden, sie hier alle[1] wiederzugeben, da dies nicht unerheblich über den Rahmen der gegenwärtigen Erörterungen hinausgehen würde. An dieser Stelle mag deshalb der Hinweis genügen, daß sich seine Untersuchungen insoweit auf alle wesentlichen Bereiche des Privatrechts, des öffentlichen Rechts, des Strafrechts sowie schließlich auch des Völkerrechts erstrecken.

b) Diese Darlegungen Henkels sind auch für die hier behandelte Problematik sehr aufschlußreich. Ihre Bedeutung für die Frage nach dem praktischen Anwendungsbereich der Sondernutzungserlaubnis auf Zeit und damit nach einer gegenseitigen tatbestandlichen Abgrenzung der beiden Sondernutzungserlaubnisse ist auf zweifache Weise begründet:

1. Einmal hat Henkel überzeugend nachgewiesen, daß auch noch in anderen Teilen der Rechtsordnung dieselbe Fragestellung auftritt, wie sie sich bei dem hier in Rede stehenden Abgrenzungsproblem ergibt, daß nämlich bestimmte allgemeine Rechtssätze oder -regeln in Grenzbereichen ihres Anwendungsgebietes u.U. einer gewissen Korrektur bedürfen, wenn nicht Ergebnisse in Kauf genommen werden sollen, die mit einer an der Gerechtigkeitsidee orientierten Betrachtungsweise kaum mehr in Einklang zu bringen sind. Zwar werden sich - worauf auch Henkel selbst schon hinweist[2] - nicht alle von ihm angeführten Beispiele mit dem Gedanken einer Grenzkorrektur erklären lassen[3]. Das ändert jedoch nichts daran, daß

1) Am Rande seien hier nur einige wenige von ihnen vermerkt, in denen die beschriebene Funktion der Klausel besonders deutlich hervortritt. So wird etwa die Geltung des Satzes: pacta sunt servanda in § 1 Vertragshilfegesetz und in der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage, ferner aber auch die Strafbarkeit bei der Selbstbegünstigung und den unechten Unterlassungsdelikten mit Hilfe des Zumutbarkeitsgedankens begrenzt.

2) Zumutbarkeit S.305 und passim.

3) In einigen der von ihm genannten Fälle dürfte die zunächst aufgestellte Rechtspflicht wohl nur deshalb mit Hilfe der Zumutbarkeitsklausel begrenzt worden sein, weil die jeweilige Materie einer generellen Regelung mit deskriptiven Merkmalen nicht recht zugänglich ist.

gleichwohl immer noch eine ganze Reihe von Fällen übrig bleibt, in denen im Interesse einer billigen Einzelfallentscheidung tatsächlich eine solche Grenzkorrektur in dem vorumschriebenen Sinne vorgenommen worden ist[1]. Im übrigen erscheint es auch nicht zu weit gegangen, wenn Henkel in diesem Zusammenhang bemerkt[2], daß sich die genannten Beispiele aus fast allen Teilen der Rechtsordnung noch vielfach vermehren ließen[3], so daß die erste der beiden eingangs[4] aufgeworfenen Fragen durch seine Darlegungen ohne Einschränkung als in bejahendem Sinne beantwortet angesehen werden kann.

2. Und zum anderen hat Henkel den Nachweis erbracht, daß diese Grenzkorrekturen in dem eben dargelegten Sinne überall im Recht in gleicher Weise durchgeführt werden, nämlich vom Einzelfall her, auf Grund einer wertenden Rechtsbetrachtung unter Verwendung der (Un-)Zumutbarkeitsklausel.

Dabei bewegt sich Henkel durchaus in schon eingefahrenen Bahnen, soweit er die Auffassung vertritt, daß die (Un-)Zumutbarkeitsklausel nicht schon durch den Begriff als solchen etwas über den Inhalt der zu treffenden Entscheidung aussagt, sondern daß sie jeweils erst durch Aufsuchen der geltenden sittlichen Anschauungen die für die Anwendung auf den Einzelfall erforderliche Bestimmtheit erhält; denn daß diese Formel ein Tatbestandsmerkmal ist, das nicht ohne weiteres als Obersatz eines (rational begründeten) Subsumtionsschlusses fungieren kann, sondern das zur Feststellung dessen, was gilt, jeweils erst bei der Beurteilung des ein-

1) S. dazu insbes. auch die auf S.114 Anm. 1 angeführten Beispiele.
2) Zumutbarkeit S.267.
3) Vgl. hierzu auch die zahlreichen weiteren Beispiele bei Weber, Zumutbarkeit S.213 Anm.1; im übrigen wird ein solches Beispiel auch im Rahmen der vorliegenden Untersuchung noch genannt und, weil es hier besondere Bedeutung besitzt, näher erörtert werden; vgl. dazu unten S. 120 ff.
4) oben S. 112.

zelnen Falles den allgemeinen Wertvorstellungen entsprechend zu "konkretisieren" ist, das ist auch sonst in der Wissenschaft allgemein anerkannt[1].

Neu ist dagegen die Erkenntnis Henkels, daß Gesetzgebung und Auslegung bei einer eventuell erforderlichen Grenzkorrektur allgemeiner Rechtssätze oder -regeln einheitlich immer mit der (Un-)Zumutbarkeitsklausel arbeiten. Zwar enthalten seine Darlegungen auch insoweit keine erschöpfende Erörterung der methodologischen Bedeutung der (Un-)Zumutbarkeitsformel; und in der Tat erhebt auch Henkel selbst diesen Anspruch gar nicht[2]: In Anbetracht der Vielschichtigkeit der angerührten Problematik hätte es dazu nämlich einer in rechtsphilosophischer, rechtstheoretischer und rechtsdogmatischer Hinsicht viel breiter angelegten Analyse bedurft. Mit Rücksicht darauf kann nun allerdings auch an dieser Stelle nicht endgültig zu den Henkel'schen Thesen Stellung genommen werden; dies muß vielmehr einer selbständigen, eigens diesem Fragenkomplex gewidmeten Untersuchung vorbehalten bleiben. Gleichwohl läßt sich doch aber immerhin auch hier schon feststellen, daß die angeführten Beispiele die von Henkel herausgestellte Funktion der (Un-)Zumutbarkeitsklausel so deutlich in Erscheinung treten lassen, daß sich auch diese seine Erkenntnis - zum mindesten im Ergebnis - kaum ernsthaft in Zweifel ziehen lassen wird. Es ist deshalb auch nicht verwunderlich, daß seine Lehre trotz des Fehlens einer substantiierten Begründung im wissenschaftlichen Schrifttum verschiedentlich schon Zustimmung gefunden hat[3]. Aus den gleichen Gründen bestehen mithin auch keine Bedenken dagegen,

1) Vgl. Engisch, Einführung S 106 ff. (insbes. 118 ff.); Germann, Grundfragen S.108 f. und 117; Larenz, Methodenlehre S.180 und 215 ff.; Nawiasky, Allgemeine Rechtslehre S.124; Westermann, Streitentscheidung S.22 f und 32 f; ferner auch Henkel, Recht S.35 f mit weiteren Nachweisen.
2) Vgl. Zumutbarkeit S.260.
3) Vgl. etwa Mezger-Blei, Strafrecht: Allgemeiner Teil, 10. Aufl. München u. Berlin 1963, § 73 S.200; Schönke-Schröder, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 11. Aufl. München u. Berlin 1963, Rndn.82 vor § 51 S.332; Weber, Zumutbarkeit S.236.

Henkel im Rahmen der vorliegenden Untersuchung ebenfalls zu folgen, so daß damit auch die zweite der eingangs[1] aufgeworfenen Fragen als in dem Sinne beantwortet angesehen werden kann, daß gegebenenfalls erforderliche Grenzkorrekturen allgemeiner Rechtssätze oder -regeln überall im Recht mit Hilfe der Zumutbarkeits- bzw. Unzumutbarkeitsklauseln durchgeführt werden.

II. Es fragt sich nunmehr, welche Folgerungen sich hieraus für die hier erörterte Frage nach dem "Tatbestand" der Sondernutzungserlaubnis auf Zeit und damit nach einer gegenseitigen Abgrenzung der beiden Sondernutzungsbefugnisse ergeben.

a) Wie oben[2] dargelegt wurde, hat der Gesetzgeber dadurch, daß er neben der dogmatisch folgerichtig ausgestalteten Sondernutzungserlaubnis auf Widerruf die nicht systemgerechte Sondernutzungserlaubnis auf Zeit in die neuen Straßen- und Wegegesetze eingeführt hat, auch im Bereich des Sondernutzungsrechts konkludent anerkannt, daß ein Grundsatz des allgemeinen Verwaltungsrechts, nach dem Ausnahmebewilligungen kein volles subjektives öffentliches Recht (im engeren Sinne) verschaffen können, im Interesse billiger Einzelfallentscheidungen in gewissen (Grenz-)Fällen einer Korrektur bedarf. Da nun aber die einschlägigen Vorschriften keine ausdrücklichen Bestimmungen darüber enthalten, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Weise eine solche (Grenz-)Korrektur im einzelnen durchzuführen ist, muß folgerichtig angenommen werden, daß insoweit dieselben allgemeinen Prinzipien Anwendung finden sollen, nach denen erforderlichenfalls auch in anderen Teilen der Rechtsordnung allgemeine Rechtssätze oder -regeln korrigiert werden, d.h. also, daß die Korrektur mit Hilfe der Klauseln von der Zumutbar-

1) oben S. 112.
2) S. 108 ff.

keit bzw. der Unzumutbarkeit vorgenommen werden muß. Das bedeutet, daß die Regel: "Ausnahmebewilligungen verschaffen kein volles subjektives öffentliches Recht (im engeren Sinne)" dann nicht angewendet werden darf, wenn dem Erlaubnisnehmer bei verständiger Würdigung seiner Interessen eine nur unsichere Rechtsstellung nicht zugemutet werden kann, oder im Hinblick auf die besonderen Gegebenheiten des Sondernutzungsrechts konkreter ausgedrückt, daß immer, aber auch nur dann, wenn dem Benutzer "die Durchführung seines Vorhabens ohne eine gesicherte Rechtsstellung nicht zugemutet werden kann", nicht die regelmäßig in Betracht kommende, eine nur unsichere Rechtsposition vermittelnde Sondernutzungserlaubnis auf Widerruf, sondern ausnahmsweise[1] die ein volles subjektives öffentliches Recht (im engeren Sinne) gewährende Sondernutzungserlaubnis auf Zeit erteilt werden soll[2]. Dieses Erfordernis hat zwar im Gesetzeswortlaut selbst keinen Niederschlag gefunden, es ergibt sich aber bei näherem Hinsehen doch recht deutlich aus der Systematik der neuen Straßen- und Wegegesetze und muß deshalb als das gesuchte (ungeschriebene) Tatbestandsmerkmal der Sondernutzungserlaubnis auf Zeit angesehen werden.

1) Beim ersten Hinsehen mag es zwar den Anschein haben, als ob damit der praktische Anwendungsbereich der Sondernutzungserlaubnis auf Zeit unangemessen stark eingeschränkt wird. Gleichwohl könnten aber daraus etwa hergeleitete Bedenken - jedenfalls im Ergebnis - nicht durchgreifen, da bei der Entscheidung der Frage, ob im Einzelfall eine Sondernutzungserlaubnis auf Widerruf oder eine Sondernutzungserlaubnis auf Zeit gewährt wird, immer der sachliche Gehalt des Zumutbarkeitsmaßstabes beachtet werden muß. Dieser aber ist elastisch genug, um eine den Besonderheiten des jeweiligen Falles und damit eine den schutzwürdigen Interessen des Benutzers angepaßte Entscheidung zu ermöglichen; vgl. dazu auch unten S.122 f.

2) Gegenüber der hier entwickelten Lösung des erörterten Abgrenzungsproblems kann nicht etwa eingewendet werden, daß die Zumutbarkeitsklausel eine Kategorie lediglich der Eingriffsverwaltung, nicht aber auch der "gewährenden Verwaltung" sei. Eine solche Annahme erschiene nämlich schon deshalb verfehlt, weil - wie sich weiter unten noch zeigen wird - sogar der Gesetzgeber selbst diese Formel auch im Bereich der gewährenden Verwaltung verwendet; vgl. dazu unten S.120 f.

b) Es mag zwar bedauert werden, daß die beiden Sondernutzungserlaubnisse auf der Tatbestandsseite nur durch ein "wertausfüllungsbedürftiges" und deshalb verhältnismäßig schlecht faßbares Merkmal unterschieden sein sollen. Und in der Tat ist nicht zu verkennen, daß mit dieser Abstellung auf eine wertende Generalklausel die Rechtssicherheit bei der praktischen Handhabung der Benutzungsvorschriften wahrscheinlich gewisse Einbußen erleiden wird. Bei Bedenken, die daraus gegen die hier vorgeschlagene Lösung des erörterten Abgrenzungsproblems möglicherweise hergeleitet werden, muß jedoch berücksichtigt werden, daß dessenungeachtet die "Wertausfüllungsbedürftigkeit" des Zumutbarkeitserfordernisses hier gerade ein besonderer Vorzug ist, da ja ein abstrakt-begriffliches Tatbestandsmerkmal eine ganz bestimmte Interessenentscheidung des Gesetzgebers beinhalten und deshalb den oben[1] aufgezeigten Einwänden unterliegen würde. So gesehen stellt sich deshalb der zu erwartende gewisse Verlust an Rechtssicherheit als der Preis dafür dar, daß die Spannungen zwischen der Starrheit eines logischen Systems von festen Rechtsregeln und der Vielgestaltigkeit der Lebenswirklichkeit überwunden und gerechte und lebensnahe Ergebnisse erzielt werden können. Im übrigen aber dürften auch in dieser Hinsicht übertriebene Besorgnisse nicht am Platze sein, da die Schwierigkeiten und damit die Unsicherheitsfaktoren, die sich bei der praktischen Handhabung dieses Tatbestandsmerkmals ergeben können, durchaus im Rahmen derer liegen, die auch sonst bei der Anwendung von Generalklauseln auftreten, so daß von da her wirklich durchgreifende Einwände gegen die hier entwickelte Auffassung nicht vorgebracht werden könnten.

c) Abgesehen davon lassen sich aber auch noch zwei weitere Argumente für die soeben dargelegte Ansicht anführen:

---

1) S. 110 f.

1. Einmal zeigt sich nämlich, daß zwischen der hier gefundenen Lösung und den in der Wissenschaft bislang schon vertretenen Meinungen über den Anwendungsbereich der beiden Sondernutzungserlaubnisse überraschend weitgehende Gemeinsamkeiten bestehen. So herrscht etwa im Ergebnis völlige Übereinstimmung zwischen der hier entwickelten und der von Salzwedel vertretenen Auffassung, nach der die Sondernutzungserlaubnis auf Zeit ebenfalls jenen Fällen vorbehalten sein soll, in denen "dem Unternehmer die Durchführung seines Vorhabens ohne eine gesicherte Rechtsstellung nicht zugemutet werden kann". Im wesentlichen das gleiche gilt aber auch im Hinblick auf die von Marschall vertretene Lehre, nach der eine Sondernutzungserlaubnis auf Zeit nur dann erteilt werden soll, wenn der Benutzer anläßlich der Inanspruchnahme der Straße erhebliche wirtschaftliche Investitionen machen muß; denn die Tatsache, daß die Benutzung mit großen finanziellen Aufwendungen verbunden ist, wird - wie unten[1)] noch darzulegen sein wird - vielfach gerade ein Indiz dafür sein, daß dem Erlaubnisnehmer eine nur unsichere Rechtsposition nicht zugemutet werden kann. Und schließlich bestehen auch zwischen der von Sieder-Zeitler und der hier entwickelten Ansicht gewisse Gemeinsamkeiten, insoweit sich nämlich jene die Auffassung Marschalls zu eigen machen. Alles in allem läßt sich deshalb feststellen, daß die hier dargelegte Auffassung im Ergebnis weitestgehend von den im wissenschaftlichen Schrifttum bisher schon vertretenen Lehren bestätigt wird, daß sie aber gleichwohl gegenüber jenen den Vorzug hat, daß sie sich in einer den neuen Straßen- und Wegegesetzen entsprechenden Weise dogmatisch begründen läßt.

2. Schwerer noch muß es jedoch für die hier vertretene Meinung ins Gewicht fallen, daß der Gesetzgeber selbst in einem anderen Teilgebiet des öffentlichen Sachenrechts kraft ausdrücklicher gesetzlicher Regelung die gleichen Abgrenzungsprobleme in methodisch derselben Weise gelöst hat -

1) S. 123f.

nämlich im Bereich des Wasserrechts, wo die nicht im Rahmen des Gemeingebrauchs liegenden Benutzungsformen der öffentlichen Gewässer im Grundsätzlichen ebenso geregelt sind, wie im neuen gesetzlichen Wegerecht[1] und wo deshalb bei der tatbestandlichen Unterscheidung der beiden Sondernutzungsgenehmigungen dieselben rechtlichen Schwierigkeiten auftreten: Auch dort ist die (widerrufliche Gebrauchs-)Erlaubnis nicht durch bestimmte, im Gesetz etwa genannte Tatbestandsmerkmale näher gekennzeichnet[2] und die Gewährung einer (unwiderruflichen) Bewilligung nur dann zulässig, wenn "dem Unternehmer die Durchführung seines Vorhabens ohne eine gesicherte Rechtsstellung nicht zugemutet werden kann".[3] Im wasserrechtlichen Schrifttum wird aus dieser Regelung für das Verhältnis der beiden Benutzungsbefugnisse zueinander zutreffend der Schluß gezogen, daß die Erteilung einer Erlaubnis den Regelfall bilden, die Gewährung einer Bewilligung dagegen nur ausnahmsweise unter den im Gesetz genannten Voraussetzungen in Betracht kommen soll[4][5]

1) Vgl. dazu oben S.84 f.
2) Siehe § 7 WHG und die entsprechenden Bestimmungen der Landeswassergesetze.
3) Siehe § 8 WHG und die entsprechenden Bestimmungen der Landeswassergesetze; § 8 Abs.2 Z.2 WHG und die entsprechenden Vorschriften in den Landeswassergesetzen nennen außerdem als zusätzliches Abgrenzungskriterium gegenüber der Erlaubnis noch das Erfordernis, daß "die Benutzung einem bestimmten Zweck dient, der nach einem bestimmten Plan verfolgt wird". Hierbei handelt es sich jedoch um ein Merkmal, durch das lediglich den besonderen Gegebenheiten des Wasserrechts Rechnung getragen werden soll, und das deshalb für die Dogmatik des öffentlichen Sachenrechts insgesamt keine nennenswerte Bedeutung besitzt; vgl. dazu auch die Begründung zu § 8 WHG, BT-Drucksache 2072 (2.Wahlperiode 1953).
4) Vgl. etwa Gieseke, Ergänzung des Wasserhaushaltsgesetzes S.30 f.
5) Hier wird zugleich auch ersichtlich, daß die in § 7 WHG und den entsprechenden Bestimmungen der Landeswassergesetze vorgesehene befristete Erlaubnis nicht richtig in das System der im Wasserrecht eingeführten Sondernutzungsbefugnisse paßt, da sie dem Benutzer weder die typischerweise durch eine Ausnahmebewilligung gewährte Rechtsposition verschafft, noch ihre Gewährung auch nur den einschränkenden tatbestandlichen Voraussetzungen der Bewilligung unterliegt. Daraus sollte die Konsequenz gezogen werden, daß von der Möglichkeit ihrer Erteilung in der täglichen Rechtspraxis nur außerordentlich selten Ge-

Darüberhinaus ist zwar das rechtstechnische Prinzip, das in Sonderheit auch im Wasserrecht zur Verwendung der Zumutbarkeitsklausel geführt hat, in den einschlägigen Stellungnahmen zu den betreffenden Gesetzesbestimmungen noch nicht erkannt oder zum mindesten herausgestellt worden[1]. Dieser letzteren Tatsache kann im gegenwärtigen Zusammenhang jedoch keine wesentliche Bedeutung beigemessen werden, da schon die gesetzlichen Regelungen im Wasserrecht für sich alleine die soeben aufgezeigte Funktion der Zumutbarkeitsformeln auch im Bereich des öffentlichen Sachenrechts bestätigen und deshalb hinreichend zu bekräftigen vermögen, daß die hier auch für das Wegerecht entwickelte Unterscheidung der beiden Sondernutzungserlaubnisse auf der Tatbestandsseite auf der Grundlage der Systematik der neuen Gesetzgebungswerke einer sachlogischen Notwendigkeit entspringt und deshalb auch ohne ausdrückliche gesetzliche Normierung gelten muß.

d) Erscheint sonach die hier vertretene Auffassung theoretisch genügend untermauert, so bleibt nunmehr nur noch die vornehmlich für die Rechtspraxis wichtige Frage zu prüfen, welcher "(wert-)ausfüllungsbedürftige", vor der Anwendung auf den Einzelfall jeweils erst noch zu konkretisierende Grundgedanke mit dem Begriff der (Un-)Zumutbarkeit umschrieben sein soll.

Hierbei ergibt sich, daß insoweit im wesentlichen die gleichen Gesichtspunkte maßgeblich sein dürften, wie sie

Forts.zu Bl.121

brauch gemacht wird. Abschließend kann diese Frage im Rahmen der vorliegenden Untersuchung jedoch nicht geklärt werden, da es sich dabei um ein Spezialproblem des Wasserrechts handelt, dem für die Auslegung der Sondernutzungsregelungen im Wegerecht keine wesentliche Bedeutung zukommt.

1) Die Kommentare beschränken sich zumeist auf die Bemerkung, daß die Bewilligung nur unter schwerwiegenden Voraussetzungen und nur gegen Entschädigung wieder entzogen werden könne und daß sie deshalb auch nur aus besonders gewichtigen Gründen erteilt werden dürfe; lediglich mit diesem Hinweis läßt sich jedoch die Einführung des Zumutbarkeitsgedankens im Wasserrecht, wie sich aus dem oben Ausgeführten ergibt, nicht erklären.

auch im Wasserrecht zur Auslegung des Zumutbarkeitserfordernisses bei der Bewilligung angegeben werden.

Danach wird es regelmäßig entscheidend darauf ankommen müssen, ob der Erlaubnisnehmer, gemessen an dem Gesamtkapital des mit der Sondernutzung zusammenhängenden Betriebes, anläßlich der Inanspruchnahme der Straße so erhebliche finanzielle Investitionen machen muß, daß u.U. sogar schon die Ungewißheit über den Fortbestand der Gebrauchsbefugnis oder vollends gar deren (vorzeitiger) Widerruf sehr nachteilige wirtschaftliche Folgen für ihn haben müßte. Dies läßt sich in der Weise feststellen, daß die hierdurch eventuell entstehenden Einbußen zu der Belastbarkeit des Sondernutzungsberechtigten insgesamt in Beziehung gesetzt werden[1]. Ergibt sich dabei, daß der Benutzer durch eine nur widerrufliche Erlaubnis über seine Belastbarkeit hinaus betroffen würde, dann wird ihm die Durchführung seines Vorhabens ohne eine gesicherte Rechtsstellung nicht zugemutet werden können, so daß in diesen Fällen regelmäßig nur die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis auf Zeit in Betracht kommen dürfte. Im übrigen aber wird sich der Erlaubnisnehmer normalerweise mit einer jederzeit widerruflichen Gebrauchsbefugnis zufriedengeben müssen.

§ 15 Die gesetzliche Grenzziehung zwischen den auf die Straßenbenutzung bezogenen bürgerlich-rechtlichen Befugnissen des Straßeneigentümers und den öffentlich-rechtlichen Befugnissen des öffentlich-rechtlichen Sachherrn

Nach dem oben[2] Ausgeführten bedarf nunmehr die in den hier behandelten Straßen- und Wegegesetzen getroffe-

1) Hieraus erhellt schon von selbst, daß es auf die absolute wirtschaftliche Größenordnung des geplanten Projektes nicht ankommt, sondern daß u.U. auch kleinere, wirtschaftlich nur unbedeutende Unternehmungen durch eine Sondernutzungserlaubnis auf Zeit gesichert werden können.
2) Vgl. S.88 f.

ne Grenzziehung zwischen den auf die Straßenbenutzung bezogenen bürgerlich-rechtlichen Befugnissen des Straßeneigentümers und den öffentlich-rechtlichen Befugnissen des öffentlich-rechtlichen Sachherrn einer näheren Analyse und Würdigung.

A) Methode der Untersuchung

Hierbei erhebt sich nun allerdings sogleich eine Schwierigkeit von ganz besonderer Art. Diese ergibt sich daraus, daß es im Hinblick auf den damit angerührten Fragenkomplex bislang weitgehend an einer dogmatisch klaren Grundkonzeption fehlt, die als allgemein gesichert angesehen und von der her deshalb unbekümmert an die Interpretation und an die Beurteilung der gesetzlichen Neuregelung des Sondernutzungsrechts herangegangen werden könnte. Das ist wiederum eine Folge davon, daß es einerseits bisher weder der Wissenschaft noch der Rechtsprechung gelungen ist, hinreichende Klarheit darüber zu schaffen, wie die Grenze zwischen dem bürgerlichen und dem öffentlichen Recht im System der nicht im Rahmen des Gemeingebrauchs liegenden Benutzungsarten (zum mindesten rechtstheoretisch) richtig verlaufen muß[1], und daß andererseits insoweit auch das neue Gesetzesrecht selbst nicht ohne weiteres aus sich heraus verständlich ist, wie schon die von ihm ausgelösten, einander so heftig widersprechenden Stellungnahmen im wissenschaftlichen Schrifttum deutlich zeigen.

In Anbetracht dieser Gegebenheiten erscheint es daher angezeigt, die aufgeworfene Problematik im Rahmen der vorliegenden Untersuchung noch einmal von Grund auf neu zu überdenken[2]. Aus diesem Grunde soll hier zunächst einmal von der positivistischen Ausgestaltung des Sondernutzungsrechts sowohl im bisher geltenden Gewohnheitsrecht wie auch im neuen Gesetzesrecht soweit wie möglich abgesehen und anstatt

1) Vgl. dazu oben S. 48 f und Spanner, Grenzen S.9.
2) In diesem Sinne hat sich neuerdings auch Forsthoff, Enteignung S.34 geäußert.

dessen vorab genau ermittelt werden, wie die fragliche Grenze, vom Boden der dogmatischen Grundlagen des Sondernutzungsrechts aus betrachtet, theoretisch konsequent verlaufen müßte. Erst die dadurch gewonnenen Einsichten werden dann den weiteren Erörterungen eine so feste und sichere Grundlage geben, daß im Anschluß daran eine zutreffende Analyse und eine gerechte Würdigung der gesetzlichen Grenzziehung zwischen den hier in Rede stehenden bürgerlich-rechtlichen Befugnissen des Straßeneigentümers und den öffentlich-rechtlichen Befugnissen des öffentlich-rechtlichen Sachherrn möglich erscheint.

B) Die rechtstheoretisch richtige Grenzziehung zwischen den auf die Straßenbenutzung bezogenen bürgerlich-rechtlichen Befugnissen des Straßeneigentümers und den öffentlich-rechtlichen Befugnissen des öffentlich-rechtlichen Sachherrn

Wie bereits mehrfach erwähnt wurde, hängt die Antwort auf die Frage nach einer öffentlich-rechtlichen, einer privatrechtlichen oder schließlich einer "gemischt-rechtlichen" Ausgestaltung der nicht im Rahmen des Gemeingebrauchs liegenden Benutzungsformen der Verkehrswege zum mindesten bei rechtstheoretischer Betrachtungsweise davon ab, welche Rechtsstellung den öffentlichen Straßen und Wegen innerhalb der gesamten Rechtsordnung zuerkannt wird. Den hier behandelten Straßen- und Wegegesetzen liegt, wie in dem Abschnitt über die "Grundlagen des Sondernutzungsrechts" schon herausgearbeitet wurde[1], in dieser Hinsicht die Lehre vom modifizierten Privateigentum zugrunde. Danach muß also bei der Lösung der hier gestellten Aufgabe davon ausgegangen werden, daß auch die öffentlichen Verkehrswege grundsätzlich Gegenstand privatrechtlichen Eigentums sind, daß zu der zivilrechtlichen Sachherrschaft des Eigentümers aber eine öf-

1) Vgl. S. 68 ff.

fentlich-rechtliche Sachherrschaft des öffentlich-rechtlichen Sachherrn hinzutritt und diese soweit verdrängt, wie es durch die in dem Widmungsakt festgelegte öffentliche Zweckbestimmung der Straßen gefordert wird[1].

AA) Erfordernis einer Differenzierung nach der Art der aus dem Eigentum fließenden Befugnisse und nach den Ausübungsformen des Eigentümers in ihrem Verhältnis zur öffentlichen Zweckbestimmung der Straßen

Diesem Ausgangspunkt entsprechend muß bei der Erarbeitung eines rechtstheoretischen Systems von Befugnissen, die der Eigentümer einesteils zugunsten des öffentlich-rechtlichen Sachherrn verloren hat und die ihm andernteils trotz des grundsätzlichen Vorrangs der öffentlich-rechtlichen Sachherrschaft verblieben sind, in zweifacher Weise differenziert werden, und zwar einmal nach den aus dem Eigentum fließenden Befugnissen und zum anderen nach den Ausübungsformen des Eigentums in ihrem Verhältnis zur öffentlichen Zweckbestimmung der Verkehrswege:

Hinsichtlich der aus dem Eigentum fließenden Befugnisse enthält § 903 BGB eine Umschreibung, die auch im gegenwärtigen Zusammenhang als verbindlich angesehen werden muß, da es sich, wie erwähnt, auch bei dem Eigentum an Straßengrundstücken grundsätzlich um privatrechtliches Eigentum handelt. Nach dieser Vorschrift kann der Eigentümer mit seiner Sache "nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen", soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen. Demgemäß ist hier also mit der h.M.[2] zu unterscheiden zwischen dem positiven Eigentumskern, im folgenden Einwirkungsbefugnis genannt, und dem negativen

1) Vgl. dazu oben S. 10 ff.
2) Vgl. statt vieler Westermann, Lehrbuch des Sachenrechts (3. Aufl.) Karlsruhe 1956 § 28 II 1 S.113.

Eigentumskern, im folgenden als Ausschlußbefugnis bezeichnet.- Hinsichtlich der Ausübungsformen des Eigentums ist, bezogen auf die öffentliche Zweckbestimmung der Verkehrswege, logisch zwischen drei verschiedenen Benutzungsmöglichkeiten zu trennen: Einmal kann die Benutzung im Rahmen der öffentlichen Zweckbestimmung der Straße liegen[1]; zum anderen kann die Benutzung zwar nicht im Rahmen der öffentlichen Zweckbestimmung der Straße liegen, diese aber beeinträchtigen[2]; und schließlich kann die Benutzung weder im Rahmen der öffentlichen Zweckbestimmung der Straße liegen, noch diese auch nur beeinträchtigen[3].

BB) Das rechtstheoretische System der verschiedenen Herrschaftsbefugnisse

Wird nun unter Berücksichtigung dieser Differenzierung geprüft, wie weit die Eigentümerbefugnisse durch die Herrschaftsbefugnisse des öffentlich-rechtlichen Sachherrn verdrängt werden, so ergibt sich rechtstheoretisch folgendes System:

Hinsichtlich derjenigen Benutzungsmöglichkeiten des Eigentums, die im Rahmen der öffentlichen Zweckbestimmung der Verkehrswege liegen, wird die Verdrängung sowohl der eigentümerischen Einwirkungsbefugnis wie auch der eigentümerischen Ausschlußbefugnis durch den Widmungszweck gefordert, da andernfalls die Verwirklichung der öffentlichen Zweckbestimmung - wie keiner näheren Darlegung bedarf - durch den Eigentümer zu leicht gefährdet werden könnte: Dieser darf also die (ihm gehörige) öffentliche Straße nicht als Eigentümer, sondern nur - wie jeder andere Verkehrsteilnehmer auch - kraft Gemeingebrauchs benutzen (Einwirkungsbefugnis) und andere nicht gemäß § 1004 Abs.1 BGB von der gemeingebräuchlichen Benutzung der Straße ausschließen (Ausschlußbefugnis).

1) z.B. Begehen oder Befahren der Straße.
2) z.B. durch die Errichtung eines festen Verkaufsstandes oder von Straßenbahnanlagen auf dem Straßengelände.
3) z.B. durch Anlegen von Tiefgaragen unter der Verkehrsfläche oder Überspannen der Straße mit Leitungen oder anderen Drähten in großer Höhe.

Ein etwas anderes Bild ergibt sich bei denjenigen Benutzungsmöglichkeiten des Eigentums, die nicht im Rahmen der öffentlichen Zweckbestimmung der Straße liegen, die diese aber beeinträchtigen können: Auch insoweit wird zwar aus den vorstehend genannten, hier ebenfalls eingreifenden Gründen die Verdrängung der eigentümerischen Einwirkungsbefugnis gefordert; dagegen muß dem Eigentümer in diesem Bereich die aus seinem Eigentumsrecht fließende Ausschlußbefugnis in vollem Umfange erhalten bleiben, da allein durch ihre Ausübung der Widmungszweck der Straße nicht beeinträchtigt werden kann und ihre Verdrängung deshalb durch die öffentliche Zweckbestimmung nicht gefordert wird[1)2)]. Demgemäß darf also der Eigentümer als solcher nicht etwa feste

1) Die hier vertretene Auffassung wird in bemerkenswerter Weise durch die bisherige Rechtsprechung des BGH bestätigt, der in einem Urteil v. 18.11.1955 = VerwRspr Bd.8 (1956) Nr.164 S.658 ff. der Ansicht Ausdruck verleiht, daß ein Vertrag zwischen einer Stadt als Straßeneigentümerin und einem Straßenbenutzer , der die Aufstellung eines unbeweglichen Verkaufsstandes zum Gegenstand hatte, kein Mietvertrag, sondern ein Vertrag besonderer Art sei, da sich das Verhalten der Grundstückseigentümerin nicht als Gewährung, sondern lediglich als D u l d e n d e s G e b r a u c h s darstelle. Hiermit wird recht deutlich, wenn auch nicht ganz präzise und ohne jegliche rechtliche Begründung jener Tatbestand hervorgehoben, der im Text auf Grund rechtstheoretisch-logischer Überlegungen herausgearbeitet wurde.

2) Wo Zippelius, Grundfragen S.846, in einem rechtstheoretisch-logischen System der verschiedenen Gebrauchsmöglichkeiten öffentlicher Straßen und Wege eine Benutzungsform unterbringen will, die lediglich die öffentliche Zweckbestimmung der Verkehrswege, nicht aber zugleich auch die dem Eigentümer verbliebenen privatrechtlichen Herrschaftsbefugnisse beeinträchtigen soll, das ist nicht ersichtlich; vgl. dazu oben S. 37 f. Mit der im Text vertretenen Auffassung muß deshalb davon ausgegangen werden, daß grundsätzlich jede Benutzung einer öffentlichen Straße, die zu einer Beeinträchtigung des Widmungszwecks führt, zugleich auch in die Eigenümerbefugnisse eingreift und deshalb aus rechtstheoretischer Sicht auch der Zustimmung des Eigentümers bedarf.

Verkaufsstände oder Straßenbahnanlagen auf der Straße errichten bzw. mit seinem Einverständnis durch andere errichten lassen (Einwirkungsbefugnis); hingegen kann er die Errichtung solcher Anlagen durch andere gem. § 1004 Abs.1 BGB verbieten (Ausschlußbefugnis).

Und schließlich kann der Eigentümer hinsichtlich derjenigen Benutzungsmöglichkeiten seiner Sache, die weder im Rahmen der öffentlichen Zweckbestimmung der Straße liegen, noch diese auch nur beeinträchtigen können, sowohl die aus seinem Recht fließende Einwirkungs- wie auch die Ausschlußbefugnis uneingeschränkt ausüben: da nämlich hierdurch der Widmungszweck der Verkehrswege überhaupt nicht in Mitleidenschaft gezogen werden kann, wird insoweit eine Verdrängung der Eigentumsrechte nicht gefordert, so daß die privatrechtlichen Herrschaftsbefugnisse in der Hand des Eigentümers unangetastet bleiben müssen. Dementsprechend kann der Eigentümer also als solcher etwa unter der Verkehrsfläche Tiefgaragen anlegen bzw. durch Dritte anlegen lassen oder in großer Höhe über der Straße Leitungen oder andere Drähte spannen bzw. durch Dritte spannen lassen (Einwirkungsbefugnis) und die Errichtung derartiger Anlagen durch andere gem. § 1004 Abs.1 BGB verbieten.(Anschlußbefugnis)

Zusammenfassend läßt sich also folgendes feststellen: Mit der Widmung eines Privatgrundstückes zur öffentlichen Straße verliert der Eigentümer sowohl die Einwirkungs- wie auch die Ausschlußbefugnis soweit, wie die öffentliche Zweckbestimmung der Straße reicht. Jenseits der öffentlichen Zweckbestimmung bleibt seine Ausschlußbefugnis uneingeschränkt bestehen und wird seine Einwirkungsbefugnis nur insoweit verdrängt, wie durch sein Verhalten der Widmungszweck der Straße beeinträchtigt werden kann.

C) Analyse und Würdigung der gesetzlichen Grenzziehung zwischen den auf die Straßenbenutzung bezogenen bürgerlich-rechtlichen Befugnissen des Straßeneigentümers und den öffentlich-rechtlichen Befusnissen des öffentlich-rechtlichen Sachherrn

Ist sonach über das Ausmaß der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen in rechtstheoretischer Sicht Klarheit gewonnen, so erscheint es nunmehr möglich, die Lösung der in diesem Kapitel eigentlich gestellten Aufgabe in Angriff zu nehmen, nämlich die in den neuen Straßen- und Wegegesetzen[1] selbst enthaltene Grenzziehung zwischen den auf die Straßenbenutzung bezogenen bürgerlich-rechtlichen Befugnissen des Straßeneigentümers und den öffentlich-rechtlichen Befugnissen des öffentlich-rechtlichen Sachherrn einer genaueren Analyse und Würdigung zu unterziehen. Hierbei kann allerdings die Regelung der im Rahmen des Widmungszwecks der Verkehrswege liegenden Benutzungsformen, d.h. also die Regelung des Gemeingebrauchs, sogleich aus der Betrachtung ausgeschieden werden, da sie keinerlei nennenswerte Probleme aufwirft; denn daß insoweit die aus dem Eigentum fließenden Befugnisse völlig verdrängt werden und der Gemeingebrauch demgemäß ein ausschließlich öffentlich-rechtliches Rechtsinstitut sein muß, das war und ist seit jeher unbestritten. Besondere Aufmerksamkeit verdient hier jedoch die Regelung der übrigen, nicht gemeingebräuchlichen Benutzungsformen der öffentlichen Straßen.

AA) Die gesetzliche Regelung der Sondernutzungen

Einer näheren Betrachtung bedarf in diesem Zusam-

1) Leider ist es hier nicht möglich, auch bezüglich dieses Fragenkomplexes wieder die Parallelen zum Wasserrecht herauszuarbeiten: Da aber einerseits das Wasserhaushaltsgesetz die Regelung der Eigentumsverhältnisse an den Gewässern bewußt ausklammert und sich nur auf die Regelung der öffentlich-rechtlichen Seite des Wasserrechts beschränkt (vgl. dazu auch die Einleitung zur Begründung zum Wasserhaushaltsgesetz, BT-Drucksache 2072, 2.Wahlperiode 1953) und da andererseits die Zersplitterung des Landeswasserrechts auf diesem Gebiet schlimmer denn je ist (vgl. etwa Sievers DVBl. 1962,322), würde dies ein so ausführliches Eingehen auf die verschiedenen Spezialbe-

menhang zunächst die gesetzliche Regelung der den Gemeingebrauch beeinträchtigenden, vom Gesetzgeber als "Sondernutzungen" bezeichneten Benutzungsformen. Hierbei ergibt sich folgendes:

I. Da sich nach den hier behandelten Straßen- und Wegegesetzen die öffentliche Zweckbestimmung der Straßen ihrem Inhalt und Umfang nach mit dem Gemeingebrauch deckt[1], liegen diese Gebrauchsarten mithin nicht im Rahmen des Widmungszweckes, sie beeinträchtigen diesen aber. Entsprechend dem vorstehend Festgestellten müßten die Sondernutzungen demgemäß also auch nach der der neuen Wegegesetzgebung zugrundeliegenden Konzeption der Genehmigung sowohl des öffentlich-rechtlichen Sachherrn wie auch des privatrechtlichen Eigentümers bedürfen, da die öffentliche Zweckbestimmung insoweit zwar die Zurückdrängung der eigentümerischen Einwirkungsbefugnis erfordert, die sich aus dem Eigentum ergebende Ausschlußbefugnis streng genommen aber unangetastet bleiben müßte[2]. Wie oben bereits mehrfach dargestellt wurde, hat der Wegegesetzgeber diesen Lösungsweg hier jedoch unter bewußter Hintansetzung der insoweit folgerichtigen überkommenen Rechtsanschauungen nicht eingeschlagen. Vielmehr hat er dem Eigentümer in diesem Bereich alle seine Rechte genommen und für diese Fälle ausschließlich das Erfordernis einer öffentlich-rechtlichen Erlaubnis seitens des Trägers der Straßenbaulast (bzw. der Straßenbaubehörde, hier in der Funktion als öffentlich-rechtlicher Sachherr) statuiert. In Anbetracht dessen erscheint es daher unumgänglich, mit Zippelius[3] und Salzwedel[4] festzustellen, daß die ausschließlich öffentlich-rechtliche Regelung der Sondernutzungen in

Forts. zu Bl.130
stimmungen der einzelnen Landeswassergesetze erfordern, daß dadurch der Rahmen der vorliegenden Untersuchung gesprengt werden würde.

1) Vgl. dazu oben S.72 ff. (insbes. S.73 f).
2) Letzteres verkennt insbesondere auch Spanner, Grenzen S.12 f.
3) Vgl. dazu oben S.37 f.
4) Vgl. dazu oben S.38 ff.

den neuen Straßen- und Wegegesetzen, vom Boden der Lehre vom modifizierten Privateigentum aus betrachtet, nicht folgerichtig, sondern dogmatisch inkonsequent ist.

II. Diese Einsicht muß nun freilich solange als überaus unbefriedigend empfunden werden, wie es nicht gelingt, eine einleuchtende Erklärung oder besser noch: Rechtfertigung[1] für die gesetzliche Einführung dieser für die deutsche Rechtstradition so neuartigen Konstruktion der Sondernutzungen zu finden. Da in dieser Hinsicht indessen zunächst einmal davon ausgegangen werden darf, daß der neue Wegegesetzgeber die überkommenen Rechtsanschauungen nur deshalb nicht übernommen hat, weil ihn wirklich gewichtige Gründe hiervon abgehalten haben, erscheint es angezeigt, in dieser Richtung noch weitere Untersuchungen anzustellen.

a) Einen ersten Fingerzeig auf die fraglichen Beweggründe des Gesetzgebers mag hier nun eine Bemerkung Marschalls[2] geben, die nicht zuletzt deshalb aufmerksame Beachtung verdient, weil Marschall den Regierungsentwurf des Bundesfernstraßengesetzes ausgearbeitet hat[3] und somit selbst an den gesetzgeberischen Vorarbeiten beteiligt war. Darin weist Marschall unter Bezugnahme[4] auf die neue"Systematik" des gesetzlichen Sondernutzungsrechts darauf hin, daß die bislang herrschende Auffassung vom Wesen der Sondernutzung als einem Institut sowohl des öffentlichen wie auch des privaten Rechts in der Praxis häufig zu schwierigen

1) In anderem Zusammenhang vertritt auch Schack, Sondernutzung S.60 die Auffassung, daß eventuelle Abweichungen der gesetzlichen Neuregelung des Sondernutzungsrechts von den überkommenen Rechtsanschauungen einer Rechtfertigung bedürften.
2) BFStrG § 8 Knd.11 b S.344.
3) Vgl. beispielsweise Forsthoff, Enteignung S.28.
4) Deutlicher noch als in der 2. Auflage kommt diese Bezugnahme in der 1. Auflage (1954) seines Kommentars zum Ausdruck. Dort heißt es bei § 8 Knd.11 b S.154 wörtlich: "Jedenfalls hat die Erfahrung gezeigt, daß gemischte Rechtsverhältnisse in der Praxis leicht zu schwierigen und unsicheren Rechtslagen führen. Das BFStrG hat daher einen neuen Weg beschritten ...".

und unsicheren Rechtslagen geführt habe. Marschall selbst begründet diese These zwar nicht näher. Sie wird jedoch auch von Spanner[1] mit Nachdruck vertreten und durch Belege erhärtet. Insbesondere aber erweist auch ein Blick in die bisherige Rechtsprechung zum Sondernutzungsrecht ihre Richtigkeit. Hier zeigt sich nämlich in der Tat, daß sich aus dem Nebeneinander der privatrechtlichen Beziehung des Benutzers zum Straßeneigentümer einerseits und der öffentlich-rechtlichen Beziehung des Benutzers zum öffentlich-rechtlichen Sachherrn andererseits eine Reihe von Problemen ergab, die jedenfalls für die Praxis trotz allseitiger intensiver Bemühungen bisher noch nicht als abschließend geklärt betrachtet werden konnten. Ohne daß insoweit auf nähere Einzelheiten eingegangen werden kann, sei hier doch wenigstens erwähnt, daß die Meinungsverschiedenheiten vornehmlich den Rechtscharakter des Vertrages mit dem Eigentümer[2], das Schicksal dieses Vertrages bei einem Widerruf der öffentlich-rechtlichen Sondernutzungserlaubnis[3] und den Rechtscharakter des Benutzungs-

1) Grenzen S.10 f.

2) Früher wurde vom RG die privatrechtliche Seite eines Sondernutzungsrechtsverhältnisses als ein Miet- oder Pachtvertrag angesehen (Vgl. dazu die Nachweise bei Germershausen-Seydel, Wegerecht S.98 und Forsthoff, VerwR I § 19 S.345 f). Diese Rechtsprechung ist - wie bereits erwähnt wurde - neuerdings vom BGH im Urt. v.18.11.1955 = VerwRspr Bd.8 Nr.164 S.658 ff. aufgegeben worden, und zwar mit der Begründung, daß der Eigentümer einer öffentlichen Straße dem Sondernutzungsberechtigten deren Gebrauch nicht gewähre (vgl. § 535 BGB), sondern vielmehr nur d u l d e. Deshalb könne es sich in diesen Fällen nicht um einen privatrechtlichen Mietvertrag, sondern nur um einen Vertrag "besonderer" Art handeln. Was für einen Rechtscharakter dieser Vertrag anstatt dessen haben oder zum mindesten welchen rechtlichen Grundsätzen er unterliegen soll, das wird allerdings vom BGH nicht näher erklärt.

3) In einem Urt. des Württ.-Bad. VGH v.7.1.1955 = VerwRspr. Bd.8 Nr.165 S.661 ff. wird einerseits deutlich ausgesprochen, daß ein Verwaltungsträger eine von ihm erteilte Gebrauchserlaubnis jederzeit nach freiem Ermessen widerrufen könne, und zwar insbesondere auch dann, wenn er gleichzeitig als Eigentümer des Straßengrundes mit dem Sondernutzungsberechtigten einen privatrechtlichen Miet- oder Pachtvertrag abgeschlossen habe. Wie sich aber andererseits nach einem solchen Widerruf die privatrechtlichen Vertragsverhältnisse der Parteien weitergestalten

entgelts[1] betrafen, wenn der Eigentümer und der öffentlich-rechtliche Sachherr nicht personengleich waren.

Die Schwierigkeiten, die in dieser Hinsicht auftraten, dürfen in ihrem Gewicht nicht unterschätzt werden, da die angerührten Fragen durchweg von weitreichender praktischer Bedeutung waren. So hing von ihrer klaren Entscheidung beispielsweise der einzuschlagende Rechtsweg bei der Verfolgung irgendwelcher Ansprüche aus dem Sondernutzungsrechtsverhältnis ab. Weiterhin konnte es auf die Höhe der von dem Sondernutzungsberechtigten zu erbringenden Gegenleistung durchaus von erheblichem Einfluß sein, ob er eine nach öffentlich-rechtlichen Berechnungsgrundsätzen festgesetzte Gebühr oder aber ein vertraglich frei ausgehandeltes privatrechtliches Entgelt zu entrichten hatte. Und schließlich konnte es auch leicht zu nur schwer erträglicher Rechtsunsicherheit führen, wenn etwa eine Gemeinde eine von ihr erteilte Benutzungsbefugnis widerrief und dieser Widerruf nicht zugleich auch zum Endigungsgrund des zwischen ihr als Stra-

Forts. zu Bl.133

sollen, wird in dem Erkenntnis des VGH nicht erläutert. Zu welch' unsicheren Rechtslagen es unter solchen Umständen kommen kann, zeigt in besonders eindrucksvoller Weise ein Urteil des OVG Lüneburg v.17.4.1951 = NJW 1952, 480; in dem von ihm zu entscheidenden Fall hatte eine Stadt in ihrer Eigenschaft als Wegeherrin eine einem Straßenhändler früher erteilte Erlaubnis zum Aufstellen einer Verkaufsbude später widerrufen, gleichwohl aber in ihrer Eigenschaft als Eigentümerin des in Anspruch genommenen Straßengeländes von dem Erlaubnisnehmer auch weiterhin die Zahlung eines privatrechtlichen Benutzungsentgeltes verlangt. Das OVG hat diesem Sachverhalt zwar eine etwas andere rechtliche Würdigung angedeihen lassen. Diese ist aber offensichtlich durch das angestrebte Ergebnis bestimmt worden; dogmatisch erscheint sie jedenfalls durchaus anfechtbar.

1) So wird etwa in einem Urteil des VGH Stuttgart v.25.2. 1953 = VerwRspr Bd.8 Nr.130 S.569 ff. darüber berichtet, daß die an einem Sondernutzungsrechtsverhältnis Beteiligten die von dem Berechtigten zu erbringende Gegenleistung in ein und demselben Schriftstück abwechselnd als "Entgelt", "Standgeld", "Platzgeld" und "Benutzungsgebühr" bezeichnet haben.

Beneigentümerin und dem Benutzer abgeschlossenen privatrechtlichen Vertrages gemacht worden war.

Angesichts dieser und anderer praktischer Probleme mußte es dem Gesetzgeber nun in der Tat wünschenswert erscheinen, die Rechtslage für die Zukunft so eindeutig zu klären, daß für Meinungsverschiedenheiten bei der Anwendung der gesetzlichen Benutzungsvorschriften nunmehr möglichst wenig Raum bleibt. Nun mag an dieser Stelle zwar eingewendet werden, daß dies grundsätzlich auch durch solche Regelungen hätte geschehen können, die die in den Straßen- und Wegegesetzen enthaltenen dogmatischen Grundentscheidungen in sich konsequent durchführen. Allein, es muß hier doch bezweifelt werden, ob eine derartige Lösung auf die Dauer wirklich aus den das Sondernutzungsrecht bisher beherrschenden Streitfragen herausgeführt hätte. Die Erfahrungen, die in dieser Hinsicht gemacht wurden, obwohl doch gerade auch in der Vergangenheit in der Wissenschaft teilweise schon sehr klar und folgerichtig durchdachte Konzeptionen vertreten wurden[1], legen jedenfalls weit eher den entgegengesetzten Schluß nahe. Deshalb muß wohl die in die hier behandelten Straßen- und Wegegesetze aufgenommene rein öffentlich-rechtliche Konstruktion der Sondernutzungen als ein Versuch des Gesetzgebers gewertet werden, dem Theorienstreit für die Zukunft soweit wie möglich die Basis zu entziehen.

b) So begrüßenswert diese Bestrebungen in ihrer rechtspolitischen Zielsetzung sind, so gerechtfertigt erscheint der in der neuen Gesetzgebung eingeschlagene Weg aber auch unter positiv-rechtlichen Gesichtspunkten. Das zeigen folgende Überlegungen:

Wie oben[2] bereits dargestellt wurde, führen die hier behandelten Straßen- und Wegegesetze letzten Endes dazu,

1) Erinnert sei in diesem Zusammenhang etwa an die von Wolff früher vertretene Lehre.
2) S.77 f.

daß sowohl das Eigentum am Straßengrund, wie auch die öffentlich-rechtliche Sachherrschaft über die Straße, wie schließlich auch die Straßenbaulast regelmäßig in der Person eines Rechtssubjekts, nämlich des Trägers der Straßenbaulast, zusammengefaßt werden. Hätte nun der Gesetzgeber dessenungeachtet die dogmatisch konsequente Auffassung vom Wesen der Sondernutzung als einem Institut sowohl des öffentlichen als auch des privaten Rechts in die neuen Gesetze aufgenommen, so hätte dies hier zur Folge gehabt, daß derjenige, der eine Straße über den Gemeingebrauch hinaus benutzen will, sich einmal von dem Träger der Straßenbaulast in seiner Eigenschaft als öffentlich-rechtlicher Sachherr eine öffentlich-rechtliche Sondernutzungserlaubnis hätte erteilen lassen müssen und daß er außerdem ebenfalls mit dem Träger der Straßenbaulast in seiner Eigenschaft als Eigentümer des Straßengrundes einen privatrechtlichen Gestattungsvertrag hätte abschließen müssen[1]. Es bedarf indessen keiner näheren Ausführung, daß eine solche Regelung formalistisch und umständlich, ja wahrscheinlich sogar wenig praktikabel erschienen wäre[2][3]. Es kann deshalb nur als ein Verdienst des Gesetzgebers betrachtet werden, wenn er den eben geschilderten, veränderten Gegebenheiten im modernen Wegerecht gebührend Rechnung getragen hat. Die (rechtstheoretisch folgerichtige) "gemischtrechtliche" Konstruktion der Sondernutzung mag früher, da das Eigentum am Straßengrund einerseits und die öffentlich-rechtliche

1) Dementsprechend hätte der Benutzer dann auch an den Träger der Straßenbaulast zwei Arten von Gegenleistungen entrichten müssen, nämlich einmal eine (Verwaltungs- sowie Benutzungs-)Gebühr und zum anderen ein privatrechtliches Benutzungsentgelt.

2) Das bestätigt im übrigen auch die Rechtspraxis, die ja, wenn der öffentlich-rechtliche Sachherr und der Eigentümer des Straßengrundes identisch waren, schon bisher meistens gar nicht sauber zwischen den öffentlich-rechtlichen und den privatrechtlichen Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten unterschied (s. dazu auch etwa Schack, Sondernutzung S.59), sondern de facto beide in einem und deshalb in seinem Rechtscharakter so zweifelhaften Rechtsverhältnis aufgehen ließ.

3) Dies wird auch von Zippelius und Salzwedel übersehen.

Sachherrschaft über die Straße andererseits noch in sehr viel größerem Umfang in den Händen verschiedener Rechtssubjekte lag, durchaus ihre Berechtigung gehabt haben. Heute jedoch, da beide weitgehend dem Träger der Straßenbaulast zugeordnet sind, erscheint die in den Straßen-und Wegegesetzen enthaltene ausschließlich öffentlich-rechtliche Regelung der den Gemeingebrauch beeinträchtigenden Gebrauchsarten sehr viel lebensnäher und praktikabeler. Angesichts dessen kann nun auch der Überlegung, daß die gesetzliche "Systematik" keine ganz konsequente Durchführung der Lehre vom modifizierten Privateigentum darstellt, kein allzu großes Gewicht beigemessen werden. Denn richtig verstanden geht es ja im Recht nicht darum, logische Differenzierungen um ihrer selbst willen zu treffen[1] und sich der Logik als Selbstzweck zu bedienen, sondern ist es Aufgabe der Gesetze, praktische Interessenkonflikte in einer gerechten und lebensnahen Weise zu lösen, Dieser Forderung aber entspricht die gesetzliche Neuregelung des Sondernutzungsrechts auch in der hier fraglichen Hinsicht[2] Demgemäß verdient es Zustimmung, wenn sich der Gesetzgeber in dem Konflikt, entweder ein praktikabeles, wenngleich in sich auch inkonsequentes, oder aber ein in sich folgerichtiges, dafür jedoch schwerer praktikabeles Gesetz zu schaffen, unter den heutigen Umständen zugunsten der Praktikabilität entschieden hat.

c) Schließlich sei hier noch ein dritter Aspekt der gesetzlichen Neuregelung des Sondernutzungsrechts angerührt, der die Konzeption des modernen Wegegesetzgebers auch unter allgemeinen theoretischen Gesichtspunkten außerordentlich interessant erscheinen läßt. Hierzu bedarf es indessen zunächst noch einmal eines kurzen geschichtlichen Rückblicks.

1) Hierauf aber läuft im Ergebnis die Lehre von Zippelius und Salzwedel hinaus.
2) Zu der Frage, welche Berücksichtigung die Interessen des Eigentümers des Straßengrundes in den Fällen gefunden haben, in denen das Eigentumsrecht einer Zivilperson zusteht, vgl. unten S. 139 f.

Wie oben[1] aufgezeigt wurde, glaubte Otto Mayer, daß es für die rechtliche Erfassung der öffentlichen Sachen ausschließlich auf deren öffentliche Zweckbestimmung ankomme und daß deshalb ein "Auseinanderklaffen" der hoheitlichen und der eigentümerischen Befugnisse verhindert werden müsse. Dies veranlaßte ihn zu dem Versuch, die ursprünglich aus dem französischen Recht stammende Lehre vom öffentlichen Eigentum mit gewissen Modifikationen[2] auch in Deutschland einzuführen, um mit ihrer Hilfe die öffentlichen Sachen[3] dem Geltungsbereich des Privatrechts gänzlich zu entziehen und sie ausschließlich dem öffentlichen Recht zu unterstellen. Nun ist dieser Versuch zwar bekanntlich gescheitert. Die Diskussion, die diese Theorie in der Wissenschaft ausgelöst hat, hat im Laufe der Zeit aber gleichwohl deutlich werden lassen, daß das von Otto Mayer mit ihr verfolgte sachliche Anliegen eine gewisse Berechtigung besitzt und daß seine Lehre in erster Linie nur deshalb der Ablehnung verfallen ist, weil sie sich nicht in das System des deutschen Rechts einfügen ließ[4]. Im Hinblick darauf muß es daher bemerkenswert erscheinen, daß der moderne Gesetzgeber in Ansehung der Sondernutzungen einen Weg eingeschlagen hat, bei dem einerseits ganz im Sinne der Forderungen Otto Mayers die Eigentumsrechte insoweit völlig verdrängt werden und damit das Schwergewicht eindeutig auf die öffentliche Zweckbestimmung gelegt wird, und bei dem andererseits dennoch den gegen die Theorie vom öffentlichen Eigentum bestehenden Einwänden Rechnung getragen wird: denn einmal sind mit der ausschließlich öffentlich-rechtlichen Konstruktion der Sondernutzungen die typischen Nachteile der überkommenen Auffassung vom Wesen dieses Rechtsinstituts mit ihrer Mehrzahl von Rechtsordnungen, Berechtigten und gerichtlichen Zuständigkeiten hinsichtlich derselben Sache ausge-

1) S. 13 ff.
2) Vgl. etwa Wolff, VerwR I § 57 I b S.324 f.
3) Zur Verwendung dieses Begriffes bei Otto Mayer vgl. oben S. 13 Anm. 5.
4) Vgl. Forsthoff, VerwR I § 19 I S.330 f in der Anm.

schaltet, und zum anderen können, wie ja auch völlig unstreitig ist, "nach der Struktur unseres Rechts" auch aus der durch die Lehre vom modifizierten Privateigentum definierten Rechtsstellung der öffentlichen Straßen nach wie vor keine Bedenken hergeleitet werden. Das bedeutet im Ergebnis eine gewisse Annäherung an jene Ziele, die Otto Mayer mit seiner Lehre vom öffentlichen Eigentum verfolgte und die heute seine Theorie wieder so sehr in den Vordergrund des Interesses treten lassen - nur wird diese Annäherung eben in einer der deutschen Rechtsordnung entsprechenden Form vollzogen. Es wird sich nicht leugnen lassen, daß damit die Aktualität der Lehre Otto Mayers in einem etwas anderen Licht erscheint[1]. In welcher Weise diese neuen Gegebenheiten im Wegerecht die Diskussion über die zweckmäßigste Konstruktion der Rechtsstellung der öffentlichen Sachen freilich endschließlich beeinflussen werden, bleibt natürlich abzuwarten. Jedenfalls aber wird sich die Wissenschaft in Zukunft im Rahmen dieser Erörterungen auch mit diesem in der neuen Wegegesetzgebung eingeschlagenen Lösungsversuch eingehend auseinanderzusetzen haben.

d) Es liegt nun nahe, gegenüber der gesetzlichen Neuregelung des Sondernutzungsrechts, unbeschadet ihrer soeben herausgestellten Vorzüge, doch folgenden Einwand zu erheben:

Im Hinblick auf diejenigen Fälle, in denen das privatrechtliche Eigentum und die öffentlich-rechtliche Sachherrschaft wirklich in der Person des Trägers der Straßenbaulast zusammengefaßt sind, mag es in der Tat zutreffend erscheinen, wenn der Gesetzgeber der Praktikabilität den Vorrang vor dem Systemperfektionismus der Straßen- und Wegegesetze eingeräumt hat. Da nun aber die Gesetze daneben

1) Ähnlich schreibt auch Salzwedel, Öffentliche Sachen DöV 1963, 242, daß der Streit um ein irgendwie geartetes öffentliches Eigentum heute seine zentrale Bedeutung verliere; da die Würfel an anderer Stelle fielen.

durchaus auch der Möglichkeit Raum lassen, daß sich das Eigentum auch nach der Widmung des Grundstückes zur öffentlichen Straße noch in der Hand einer Zivilperson befindet, führt die neue Systematik zum mindesten in diesen Fällen zu unbilligen Ergebnissen, weil dann nämlich dem Eigentümer die aus seinem Recht fließende Ausschlußbefugnis weiter, als es nach der Lehre vom modifizierten Privateigentum geboten ist, genommen wird und demzufolge die wirtschaftliche Ausnutzungsmöglichkeit seines Eigentums von der Sache her nicht berechtigte Einschränkungen erfährt.

Ein solcher Einwand könnte jedoch im Ergebnis nicht durchgreifen. Zwar ist es ja zunächst einmal richtig, daß die Eigentumsrechte insoweit in der Tat weiter verdrängt sind, als es durch die öffentliche Zweckbestimmung der Straße an sich gefordert wird. Dies kann indessen aus zwei Gründen nicht als so einschneidend betrachtet werden[1], wie es beim ersten Hinsehen den Anschein hat: denn einmal sind - wie oben bereits mehrfach dargestellt wurde - dem Eigentümer im Bereich der den Gemeingebrauch nicht beeinträchtigenden Benutzungsformen seine eigentümerischen Befugnisse ohne jede Einschränkung belassen worden[2]; und zum zweiten erscheinen die Eigentümerinteressen auch noch in anderer Beziehung hinreichend geschützt: Es findet sich nämlich - wie oben[3] ebenfalls bereits erwähnt wurde - in sämtlichen[4]

1) Zu Recht weisen Sieder-Zeitler, StrWG Art.18 S.177 Anm.1 darauf hin, daß der gesetzlichen Sondernutzungsregelung Enteignungswirkung nicht zukommt, da der Eigentümer des Straßengrundes "der Widmung und damit den gesetzlich vorgeschriebenen Konsequenzen immer zum mindesten zugestimmt haben muß" und er außerdem gegen den Träger der Straßenbaulast einen Rechtsanspruch auf Erwerb des Eigentums hat. Darüberhinaus kann eine Enteignung aber auch schon deshalb nicht vorliegen, weil dem Eigentümer nicht ein Sonderopfer auferlegt wird.

2) In dieser Hinsicht gestehen die neuen Straßen- und Wegegesetze dem Eigentümer sogar noch mehr Befugnisse als die bisher herrschenden Rechtsanschauungen zu; vgl.dazu unt.S.142.

3) S.69.

4) Eine Ausnahme bildet insoweit nur das BFStrG; für seinen Geltungsbereich dürfte sich eine solche Bestimmung wegen Art.90 GG aber tatsächlich weitgehend erübrigen.

hier behandelten Straßen- und Wegegesetzen eine Vorschrift[1], die den Träger der Straßenbaulast dazu verpflichtet, das Eigentum am Straßengrund zu erwerben, wenn der Eigentümer dies beantragt; ferner ist der Eigentümer danach berechtigt, für den Fall, daß eine Einigung über den Grundstückserwerb nicht zustande kommt, die Enteignung zu beantragen. Mindestens diese Regelung dürfte deshalb eine ausreichende Gewähr dafür bieten, daß hinsichtlich des Eigentums am Straßengrund auch unter ungünstigen Umständen nicht gegen den Willen des Eigentümers ein "nudum jus" in seiner Hand zurück bleibt, das keinerlei wirtschaftlichen Wert mehr für ihn besitzt: sollte er sich wirklich dadurch beeinträchtigt fühlen, daß er auf die Inanspruchnahme der Straße für Sondernutzungen keinen Einfluß mehr ausüben kann, dann steht es ihm jederzeit frei, ein solches Verfahren mit dem Ziele der Grundstücksübertragung einzuleiten.

Demnach können also auch speziell aus der Zurückdrängung der Eigentumsrechte im Bereich des Sondernutzungsrechts keine wirklich durchschlagenden Bedenken gegen die gesetzliche Regelung hergeleitet werden.

BB) Die gesetzliche Regelung der dem bürgerlichen Recht zugewiesenen Benutzungsformen

Der Untersuchung bedarf nunmehr noch die Frage, wie es zu beurteilen ist, daß der gesetzliche Sondernutzungsbegriff nicht alle außerhalb des Gemeingebrauchs liegenden Benutzungsformen der öffentlichen Straßen umfaßt und damit einige Gebrauchsarten dem Erfordernis einer öffentlich-rechtlichen Zulassung durch den Träger der Straßenbaulast (in seiner Funktion als öffentlich-rechtlicher Sachherr) entzogen sind.

---

1) Vgl. Art.13 Abs.2 f bayStrWG; § 11 Abs.1-3 nwStrG; § 18 Abs.2 f schlswholstStrWG; § 13 Abs.2 f hess StrG; § 13 Abs.1-3 ndsStrG; § 33 Abs.2 f rhldpfStrG; § 14 Abs.2 bad-württStrG.

I. Unter diesem Gesichtspunkt ist hier zunächst die Regelung der über den Gemeingebrauch hinausgehenden, ihn aber nicht beeinträchtigenden Benutzungsformen zu betrachten. Dabei zeigt sich folgendes:

Da sich nach der neuen Wegegesetzgebung die öffentliche Zweckbestimmung der Straßen ihrem Inhalt und Umfang nach mit dem Gemeingebrauch deckt[1], liegen diese Gebrauchsarten mithin weder im Rahmen des Widmungszweckes, noch beeinträchtigen sie diesen. Vom Boden der Lehre vom modifizierten Privateigentum aus betrachtet bedürfen sie deshalb keiner öffentlich-rechtlichen Genehmigung, sondern müssen sie im Gegenteil der ausschließlichen Verfügungsbefugnis des privatrechtlichen Eigentümers belassen werden, da nach dem oben Festgestellten insoweit die Zurückdrängung weder der eigentümerischen Einwirkungs- noch auch nur der eigentümerischen Ausschlußbefugnis durch die öffentliche Zweckbindung der Straßen gefordert wird[2]. Dies hat nun der moderne Gesetzgeber im Unterschied zu der bisher h.M.[3], die auch in diesen Fällen eine öffentlich-rechtliche Zulassung des Gebrauchs durch den öffentlich-rechtlichen Sachherrn für erforderlich erachtete, zutreffend erkannt und demgemäß bestimmt, daß sich "die Einräumung von Rechten zur Benutzung des Eigentums[4] der Straßen ... nach bürgerlichem Recht" richtet (, wenn sie den Gemeingebrauch nicht beeinträchtigt). Damit zeigt sich also, daß diese Regelung keineswegs - wie es verschiedentlich[5] behauptet worden ist - nur auf Betreiben der Versorgungswirtschaft in die hier behandelten Straßen-

1) Vgl. dazu oben S. 72 ff. (insbes. S. 73 f).
2) Dies wird auch von Zippelius, Grundfragen DöV 1958, 846; Salzwedel, PersVerk 1960, 86 f und Spanner, Grenzen S.12 ff. zutreffend herausgearbeitet.
3) Vgl. dazu oben S. 20 ff.
4) Zu der insoweit abweichenden Formulierung in einigen Landesstraßengesetzen vgl. oben S. 60.
5) Vgl. Schack, Sondernutzung S.58 und Stern, Konzessionsvertrag S.291.

und Wegegesetze aufgenommen[1], sondern daß sie deshalb eingeführt worden ist, weil sie sich als notwendige Konsequenz aus der dogmatischen Grundentscheidung des Gesetzgebers bezüglich der allgemeinen Rechtslage der Verkehrswege ergibt. Aus diesem Grunde können mithin vom Standpunkt des positiven Rechts aus keine stichhaltigen Argumente dagegen vorgebracht werden, daß der gesetzliche Sondernutzungsbegriff diese Gebrauchsarten nicht mitumfaßt.

Wenn demgegenüber de Weldige-Cremer[2] die Auffassung vertritt, daß in dieser Neuregelung "Vorstellungen aus verschiedenen Rechtsgebieten derart miteinander verknüpft" werden, "daß daraus die größte Begriffsverwirrung entsteht" und Schack[3] der Ansicht ist, daß der Gesetzgeber damit "über in der Struktur der geltenden Rechtsordnung wurzelnde Elementarsätze nach seinem Gutdünken verfügt" habe, so kann dem nicht zugestimmt werden, weil bei einer derartigen Argumentation die dogmatisch-theoretischen Grundlagen des gesetzlichen Wegerechts (bzw. des öffentlichen Sachenrechts überhaupt) nicht hinreichend berücksichtigt werden: denn danach ist ja die Rechtslage der öffentlichen Straßen und Wege gerade dadurch charakterisiert, daß die privatrechtlichen Eigentümerbefugnisse nur insoweit verdrängt werden, wie es deren öffentliche Zweckbestimmung erfordert, und daß sie im übrigen aber unangetastet bleiben. Bei näherem Zusehen erweist sich deshalb, daß de Weldige-Cremer und Schack ihre gegen die Beschränkung des gesetzlichen Sondernutzungsbegriffs vorgetragenen Angriffe eigentlich gegen die Entscheidung des Gesetzgebers für die Lehre vom modifizierten Pri-

1) Wenn sich etwa Schack, Sondernutzung S.61 zur Begründung dieser These auf die einschlägigen Gesetzesmaterialien beruft, so erscheint dies nicht ganz korrekt, da sich die von ihm angezogenen Stellen - teils ausdrücklich, teils konkludent - erkennbar nur auf jene Bestimmungen beziehen, die die den Gemeingebrauch nur kurzdauernd beeinträchtigende Inanspruchnahme der Straßen für Zwecke der öffentlichen Versorgung zum Gegenstand haben.
2) Benutzung S.78.
3) Sondernutzung S.65.

vateigentum richten müßten. Diesen Schritt aber tun beide Autoren nicht - vermutlich deshalb, weil sie sich dann in Gegensatz zur ganz h.M. stellen müßten.

II. Zu würdigen bleibt nunmehr lediglich noch die Regelung der den Gemeingebrauch nur kurzdauernd[1] beeinträchtigenden Benutzungsformen der Straßen für Zwecke der öffentlichen Versorgung.

In dieser Hinsicht ergibt sich nun allerdings schon aus dem Vorstehenden ohne weiteres, daß es nicht ganz folgerichtig ist, wenn der Gesetzgeber auch diese Fälle nicht als Sondernutzungen behandelt, sondern sie grundsätzlich einer bürgerlich-rechtlichen Vereinbarung mit dem Eigentümer des Straßengrundes unterwirft[2]; denn insoweit wird ja der Gemeingebrauch und damit der Widmungszweck der Verkehrswege beeinträchtigt, so daß diese Gebrauchsarten nach der Lehre vom modifizierten Privateigentum eigentlich (zum mindesten auch) einer öffentlich-rechtlichen Sondernutzungserlaubnis seitens des öffentlich-rechtlichen Sachherrn bedürften. Demnach fällt also diese Regelung aus der den hier behandelten Straßen- und Wegegesetzen zugrundeliegenden Systematik erkennbar heraus und muß deshalb als Ausnahmeregelung angesehen[3] und behandelt werden.

Ihre Einführung in die neuen Gesetze geht nach Auskunft der einschlägigen Gesetzesmaterialien[4] auf entspre-

1) Von dem Erfordernis der Kurzfristigkeit sehen § 28 Abs.1 Z.2 schlswholstStrWG und § 23 Abs.1 bad-württ StrG ab.
2) Daran ändert auch die Tatsache nichts, daß die Mehrzahl der Landesstraßengesetze in den Fällen, in denen die Gemeinde nicht Träger der Straßenbaulast ist, für die Einräumung von Rechten zur Benutzung der Straße für Zwecke der öffentlichen Versorgung in Ortsdurchfahrten zusätzlich noch die Zustimmung der Gemeinde verlangt; (vgl. § 23 Abs.3 nwStrG, § 28 Abs.2 S.2 schlswholst StrWG, § 20 Abs.2 hess StrG, § 23 Abs.3 nds StrG und § 45 Abs.2 rhldpfStrG); denn grundsätzlich liegt auch nach diesen Regelungen das Schwergewicht der Benutzungsgestattung bei der privatrechtlichen Vereinbarung mit dem Eigentümer des Straßengrundes.
3) Ebenso de Weldige-Cremer, Benutzung S.79.
4) Vgl. etwa die Begründung zu Art.23 Abs.2 (jetzt 22 Abs.2) des Entwurfes des bay StrWGes und zu § 24 (jetzt 23) des Entwurfes des nw StrGes.

chende Wünsche der Versorgungswirtschaft zurück, die die öffentlichen Straßen ihrerseits bisher auf Grund eines Systems von bürgerlich-rechtlichen Verträgen benutzt hat und diesen Zustand angeblich auch in Zukunft aufrechterhalten sehen wollte[1]. Ob dieser Gesichtspunkt der Rechtskontinuität allerdings wirklich das letztlich ausschlaggebende Motiv für die auf die Gesetzgebung ausgeübte Einflußnahme der Versorgungswirtschaft war, muß freilich bezweifelt werden, zumal eine öffentlich-rechtliche Regelung der Benutzungsformen für die Energieversorgungsunternehmen im Prinzip günstiger gewesen wäre, da die zuständigen Träger der Straßenbaulast dann auch den strengeren Bindungen des öffentlichen Rechts unterworfen gewesen wären[2]. Näher liegt deshalb die Annahme, daß sich die Versorgungswirtschaft insoweit von der Hoffnung leiten ließ, dem Eigentümer des Straßengrundes bei einer bürgerlichrechtlichen Regelung der Straßeninanspruchnahme über § 1023 BGB die sogen. Folgekosten aufbürden zu können. Ob sich diese Hoffnung auf die Dauer erfüllen wird, muß allerdings im Hinblick auf die jüngste höchstrichterliche Rechtsprechung zu diesem Problem ebenfalls sehr fraglich erscheinen[3], so daß doch gerade auch vom Standpunkt der Versorgungswirtschaft aus einige Zweifel an der Zweckmäßigkeit dieser Regelung bestehen bleiben.

Es ist an dieser Stelle jedoch nicht der Ort, dieser Frage noch näher nachzugehen, da die in Rede stehenden Benutzungsformen von den neuen Straßen- und Wegegesetzen, wie erwähnt, ja gerade nicht als Sondernutzungen behandelt werden. Im gegenwärtigen Zusammenhang sind diese Überlegungen nur insofern von Bedeutung, als sie es angeraten er-

1) Vgl. hierzu insbes. die Begründung zu Art.23 Abs.2 (jetzt 22 Abs.2) des Entwurfes des bay StrWGes.
2) Vgl. auch Salzwedel, PersVerk 1960, 86 f.
3) S. dazu insbes. das Urt. des BVerwG v.27.9.1961 in DöV 1962, 183 ff.; zur Problematik der Folgekosten im allgemeinen vgl. auch Oedekoven, Die Verteilung der Folgekosten in Der Städtetag 1962, 510 ff. und Münch, Bewegung im Straßenrecht - Auswirkung auf die Versorgungsunternehmen in Der Städtetag 1962, 187 ff.

scheinen lassen, bei der Anwendung des hier eingreifenden Auslegungsgrundsatzes, daß Ausnahmeregelungen eng auszulegen sind[1], nicht allzu zaghaft zu verfahren[2]. Auf diese Weise kann dann in angemessenem Umfang auch etwaigen Bedenken Rechnung getragen werden, die sich möglicherweise daraus ergeben, daß der die öffentlichen Interessen wahrnehmende öffentlich-rechtliche Sachherr bei der Zulassung solcher den Gemeingebrauch beeinträchtigenden Gebrauchsarten nicht beteiligt ist. Unter welchen Voraussetzungen danach eine Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs als nur kurzdauernd angesehen und somit als den Sondernutzungsvorschriften nicht unterfallend behandelt werden muß, kann allerdings in abstracto wiederum kaum entschieden werden, da es sich dabei vorwiegend um eine Tatfrage handelt[3]. Auch insoweit muß es deshalb der praktischen Handhabung der Gesetze vorbehalten bleiben, im Laufe der Zeit konkretere Richtlinien für die Ausfüllung dieses Tatbestandsmerkmals zu entwickeln[4].

III. Da nun, wie oben[5] gezeigt wurde, der Eigentümer des Straßengrundes und der Träger der Straßenbaulast (in seiner Funktion als öffentlich-rechtlicher Sachherr) keineswegs immer identisch sein müssen, bleibt nunmehr lediglich noch zu klären, wem in Zweifelsfällen die Entscheidung darüber zusteht, ob eine bestimmte in Aussicht genommene Benutzung der Straße den Gemeingebrauch nicht (bzw. bei einer Inanspruchnahme für Zwecke der öffentlichen Versorgung) nur kurzdauernd beeinträchtigt und deshalb nicht einer öffentlich-rechtlichen Sondernutzungserlaubnis seitens des Trägers der Straßenbaulast, sondern nur eines privatrechtlichen Gestattungsvertrages mit dem Eigentümer bedarf. Diese Frage soll deshalb abschließend noch untersucht werden.

1) H.M.; vgl. statt vieler Larenz, Methodenlehre S.260 f mit weiteren Nachweisen.
2) A.A. wohl Marschall, BFStrG § 8 Rndn. 11 b S.344 mit weiteren Nachweisen.
3) Ebenso Sieder-Zeitler, StrWG Art.22 Rndn.14 S.180 und Zimniok, StrWG Art.22 Anm.7 b S.95; ferner wohl auch Marschall, BFStrG § 8 Rndn.11 b S.344.
4) Ebenso Marschall, BFStrG § 8 Rndn.11 S.344.
5) S.139 f.

Ihrer Beantwortung stellen sich nun allerdings keine besonderen Schwierigkeiten mehr in den Weg. Bei näherem Zusehen zeigt sich nämlich, daß sie - obwohl sie nicht Gegenstand einer ausdrücklichen Regelung ist - doch praktisch schon dadurch zugunsten des Trägers der Straßenbaulast mitentschieden worden ist, daß der Gesetzgeber den hier behandelten Straßen- und Wegegesetzen die Lehre vom modifizierten Privateigentum zugrundegelegt hat. Das ergibt sich aus folgenden Überlegungen:

Nach dieser Lehre wird die privatrechtliche Sachherrschaft des Eigentümers der öffentlichen Sache durch die daneben tretende öffentlich-rechtliche Sachherrschaft des öffentlich-rechtlichen Sachherrn soweit verdrängt, wie es die öffentliche Zweckbestimmung der Sache erfordert. Wie oben[1)] ebenfalls bereits ausgeführt wurde, bedeutet das in concreto, daß dem Eigentümer die ausschließliche Verfügungsbefugnis nur noch bezüglich derjenigen Benutzungsformen (des Eigentums) der öffentlichen Straßen verbleibt, durch die der Gemeingebrauch nicht bzw. (nach der gesetzlichen Interessenbewertung bei einer Inanspruchnahme der Verkehrswege für Zwecke der öffentlichen Versorgung) nur kurzdauernd beeinträchtig werden kann. Zu dieser Kategorie aber können die hier fraglichen Gebrauchsarten - jedenfalls zunächst einmal - nicht gerechnet werden, da es ja in Bezug auf sie gerade nicht feststeht, daß sie den Gemeingebrauch nicht bzw. nur kurzdauernd beeinträchtigen können. Sie fallen deshalb mindestens solange, wie in dieser Hinsicht keine Klarheit besteht, nicht in den Kreis derjenigen Nutzungen, für deren Gewährung der Eigentümer zuständig ist. Vielmehr werden seine Befugnisse im Interesse des Widmungszweckes der Straßen auch insoweit durch die Rechte des öffentlich-rechtlichen Sachhern (hier des Trägers der Straßenbaulast) verdrängt, so daß auch nur dieser darüber entscheiden kann, ob eine

1) S. 127 ff.

bestimmte in Aussicht genommene Inanspruchnahme der Verkehrswege einer öffentlich-rechtlichen Sondernutzungserlaubnis oder eines privatrechtlichen Gestattungsvertrages bedarf[1)2)].

§ 16 Die Berücksichtigung der Interessen des Wegeunterhaltungspflichtigen in der gesetzlichen Neuregelung des Sondernutzungsrechts

Nach der eingangs[3)] gegebenen Übersicht über die in diesem Kapitel zu behandelnden Fragekreise bleibt nunmehr lediglich noch zu untersuchen, ob und gegebenenfalls wie es vom modernen Wegegesetzgeber berücksichtigt worden ist, daß durch eine Sondernutzung u.U. auch die Interessensphäre des Wegeunterhaltungspflichtigen, d.h. des Trägers der Straßenbaulast in seiner eigentlichen Funktion, berührt werden kann.

In dieser Hinsicht treten nun allerdings keinerlei Probleme mehr auf. Schon ein kurzer Blick in die hier behandelten Straßen- und Wegegesetze zeigt nämlich deutlich, daß auch unter ihrer Geltung die Belange des Wegeunterhaltungspflichtigen hinreichend geschützt sind. Zwar hat der Gesetzgeber formal auch in dieser Beziehung neue Wege beschritten, denn eine dem bisher geltenden Gewohnheitsrecht entsprechende Regelung, nach der der Erlaubnisnehmer für die Sondernutzung auch der gesonderten Zustimmung des Wegeunterhaltungspflichtigen bedurfte, ist - wohl aus Gründen der Praktikabilität - in die neuen Gesetze nicht aufgenommen worden. Gleichwohl hat sich aber in der Sache gegenüber dem früheren Rechtszustand nichts geändert, da nunmehr sämtliche

1) Ebenso Zimniok, StrWG Art.22 Anm.8 und Ziffer 2 der Begründung zu Art. 176 württRVO.

2) Nicht zutreffend erscheint es, wenn Sieder-Zeitler, StrWG Art.13 Rndn.13 S.119 dieses Ergebnis für den Geltungsbereich des bay. Straßen- und Wegegesetzes aus Art.13 Abs.1 dieses Gesetzes herleiten wollen; denn diese Bestimmung hat in erster Linie Rechte und Pflichten des Eigentümers zum Gegenstand, die in gewissem Umfange von dem Träger der Straßenbaulast auszuüben sind, während es sich bei der hier in Rede stehenden Entscheidungsbefugnis um eine nach der dogmatischen Grundkonzeption des Gesetzgebers von vorneherein dem Träger der Straßenbaulast zugeordnete Befugnis handelt.

3) Vgl. oben S.89.

Straßen- und Wegegesetze eine Bestimmung enthalten, nach der der Sondernutzungsberechtigte verpflichtet ist, dem Träger der Straßenbaulast alle diejenigen Kosten zu ersetzen, die diesem durch die Sondernutzung zusätzlich entstehen[1)2)]. Diese Verpflichtung braucht dem Benutzer mithin in Zukunft nicht mehr ausdrücklich auferlegt zu werden, sondern sie ist kraft Gesetzes Inhalt jeder erteilten Sondernutzungserlaubnis[3)]. Damit aber ist es dem Gesetzgeber gelungen, auch insoweit eine Lösung zu finden, die einerseits sowohl den schutzwürdigen Interessen der Beteiligten gerecht wird, und die andererseits zugleich auch den Erfordernissen nach einer einfachen und sohin praktikabelen Systematik des Sondernutzungsrechts genügt.

1) Vgl. § 8 Abs.5 S.2 BFStrG; Art.18 Abs.3 S.1 bay StrWG; § 18 Abs.3 S.1 nwStrG; § 21 Abs.2 S.1 schlswholst StrWG; § 16 Abs.3 S.1 hess StrG; § 18 Abs.2 S.1 nds StrG; § 41 Abs.3 S.1 rhldpf StrG; § 21 Abs.5 bad-württ StrG.

2) Daneben findet sich in der Mehrzahl der hier behandelten Straßen-und Wegegesetze noch eine Vorschrift, nach der ein Benutzer verpflichtet ist, dem Träger der Straßenbaulast die Mehrkosten für den Bau und die Unterhaltung einer Straße zu vergüten, wenn diese wegen der Art seines Gebrauchs kostspieliger gebaut oder ausgebaut werden muß, als es sonst notwendig wäre; vgl. § 8 Abs.5 BFStrG; § 22 Abs.1 nw StrG; § 27 schlswholst StrWG; § 21 Abs.1 hess StrG; § 22 Abs.1 nds StrG; § 44 Abs.1 rhldpf StrG; § 22 Abs.1 bad-württ StrG. Die rechtliche Tragweite dieser Bestimmung ist allerdings umstritten; während Marschall, BFStrG § 8 Rndn 6 S.314 die Ansicht vertritt, daß sie sich nur auf gemeingebräuchliche Benutzungsformen beziehe, da es im Rahmen des Sondernutzungsrechts einer solchen zusätzlichen Regelung nicht noch bedurft hätte, soll sie nach Fritsch-Golz, StrG § 22 Anm.1 auch auf Sondernutzungen Anwendung finden. Obzwar wohl die besseren Argumente für die Auffassung Marschalls sprechen dürften, braucht zu dieser Frage hier gleichwohl nicht abschließend Stellung genommen zu werden, da es im gegenwärtigen Zusammenhang lediglich darauf ankommt, daß der Träger der Straßenbaulast alle ihm durch eine Sondernutzung entstandenen Kosten erstattet bekommt und dieser Erfolg auch schon durch die im Text zitierten Vorschriften gesichert erscheint.

3) Ebenso Marschall, BFStrG § 8 Rndn.9 S.332.

III. Kapitel: Einzelfragen des neuen gesetzlichen Sondernutzungsrechts

Nachdem im vorhergehenden Kapitel versucht worden ist, durch eine Analyse der Systematik Aufschluß über die Gesamtstruktur der in den hier behandelten Straßen- und Wegegesetzen enthaltenen Neuregelung des Sondernutzungsrechts zu gewinnen, muß sich die Untersuchung nunmehr noch der Erörterung von Einzelfragen aus diesem Rechtsgebiet zuwenden. Hierbei soll allerdings nicht danach getrachtet werden, einen vollständigen Überblick über die gesamte in diesem Bereich noch anstehende Problematik zu vermitteln; dies wird weder durch die allgemeine Zielsetzung der vorliegenden Untersuchung: die "Grundzüge des Sondernutzungsrechts" herauszuarbeiten, gefordert, noch läßt sich auch nur ein wirkliches Bedürfnis nach einer solch umfassenden Behandlung der ganzen Materie feststellen: Bei näherem Zusehen zeigt sich nämlich, daß die Mehrzahl der insoweit in Betracht kommenden Einzelfragen entweder von lediglich untergeordneter Bedeutung sind oder, soweit dies - gerade auch vom Standpunkt der Rechtspraxis aus - nicht zutrifft, schon mit Hilfe der auch sonst geltenden, jeweils einschlägigen Regeln des allgemeinen Verwaltungsrechts gelöst werden können, ohne daß sich dabei vom Sondernutzungsrecht her irgendwelche Besonderheiten ergeben[1]. Aus diesen Gründen sollen im folgenden nur noch solche Probleme des Näheren untersucht werden, die gerade durch das gesetzliche Sondernutzungsrecht ihr besonderes Gepräge erhalten haben und an deren Klärung demzufolge sowohl aus theoretischer wie auch aus praktischer Sicht gleichermaßen ein Interesse besteht.

1) Zum Beleg dafür sei beispielsweise darauf hingewiesen, daß etwa die in der täglichen Rechtspraxis durchaus wichtigen Fragen, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen eine auf Widerruf erteilte (Sondernutzungs-)Erlaubnis dem Erlaubnisnehmer wieder entzogen oder eine Sondernutzungsgestattung auch durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag eingeräumt werden kann, ausschließlich nach den von der Wissenschaft und der Rechtsprechung diesbezüglich entwickelten allgemeinen Lehren zu entscheiden ist.

§ 17 Die Voraussetzungen für die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis

Von allgemeiner Bedeutung ist es unter diesem Gesichtspunkt zunächst, unter welchen Voraussetzungen die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis überhaupt in Betracht kommt.

A) Der Streitstand

Diese Frage ist in den neuen Straßen- und Wegegesetzen nicht ausdrücklich geregelt worden. Lediglich in den einschlägigen Gesetzesmaterialien findet sich verschiedentlich die Bemerkung, daß ein Rechtsanspruch auf Erteilung einer Sondernutzungsbefugnis nicht bestehe[1]. Vermutlich im Hinblick darauf, jedenfalls aber durchweg ohne irgendeine Begründung lehrt deshalb auch die heute h.M.[2], daß ein subjektives öffentliches Recht auf eine solche Gebrauchserlaubnis nicht gegeben sei, sondern daß der jeweils zuständige Träger der Straßenbaulast (bzw. die Straßenbaubehörde) nach pflichtgemäßem Ermessen über ihre Erteilung bzw. Versagung entscheide. Diese Lehre hat nun allerdings in jüngster Zeit heftigen Widerspruch erfahren[3]. Vornehmlich unter Berufung auf Krüger[4], der nachgewiesen habe, "daß im Rechtsstaat des Grundgesetzes im Zweifel ein subjektives Recht des Bürgers auch im Verwaltungsrecht anzunehmen ist und daß auch für die Benutzung öffentlicher Sachen der Gesetzgeber nach dem Verfassungsgrundsatz der Notwendigkeit und der Zweckverhältnismäßigkeit ein subjektives öffentliches Recht

1) Vgl. etwa Z.1 der Begründung zu § 8 des Entwurfes des Bundesfernstraßengesetzes.
2) Vgl. Fritsch-Golz, StrG § 18 Anm.3; Groebe, DöV 1958,835; ders., DVBl 1959, 51; Marschall, BFStrG § 8 Rndn.4a S.302; Sieder-Zeitler, StrWG Art.18 Rndn.18 S.157; Wolff, VerwR I § 59 II a 2 S.343; Zimniok, StrWG Art.18 Anm.7; Bochalli, Besonderes Verwaltungsrecht § 63 I 3 S.304.
3) Strickstrock, Begünstigender Verwaltungsakt S.234 ff.; Stern, Konzessionsvertrag S.170 Anm.111; wohl auch de Weldige-Cremer, Benutzung S.83, der zwar ausdrücklich zu diesem Problem nicht Stellung nimmt, aber durchweg von einem "Recht auf Sondergebrauch" spricht.
4) Grundfragen S.59 ff.

auf diesem Gebiet weder ausschließen kann noch .... etwa ausschließen müßte", gelangt namentlich Strickstrock[1] zu dem Ergebnis, daß auch auf die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis ein Rechtsanspruch bestehe.

B) Eigene Stellungnahme

In Anbetracht dieser Kontroverse bedarf die aufgeworfene Frage hier auch noch einer eigenen Untersuchung. Vom Boden der vorstehend entwickelten Auffassung aus treten dabei jedoch keinerlei Schwierigkeiten mehr auf; bei näherem Hinsehen zeigt sich nämlich, daß sich dieses Problem gleichsam von selbst löst, wenn nur - was allerdings in den bisher vorliegenden Stellungnahmen nicht deutlich genug geschehen ist - die dogmatischen Grundentscheidungen des Wegegesetzgebers scharf genug ins Auge gefaßt werden. Das ergibt sich aus folgenden Überlegungen:

I. Wie oben[2] herausgearbeitet wurde, sind die Sondernutzungen in den neuen Straßen- und Wegegesetzen unter das Prinzip des sogen. Verbots mit Erlaubnisvorbehalt gestellt worden. Dies hat - wie am vorgenannten Ort ebenfalls bereits ausgeführt wurde - zur Folge, daß die Sondernutzungserlaubnisse den Rechtscharakter von Ausnahmebewilligungen besitzen. Das aber ist im gegenwärtigen Zusammenhang insofern von Bedeutung, als nach heute allgemeiner Ansicht[3] auf (freie[4]) Ausnahmebewilligungen kein Rechtsanspruch besteht,

1) Begünstigender Verwaltungsakt S.236.
2) S. 82 ff.
3) Vgl. Friauf, JuS 1962, 425; Wolff, VerwR I § 48 II b S.268; Forsthoff, VerwR I § 13 S.244 f; Huber, AöR 78 (1952/53), 113; Drews-Wacke, Polizeirecht S.306; VGH Freiburg Urt.v.4.5.1955 = VerwRspr Bd.8 Nr.51 S.223 ff. (insbes. S.227); Nebinger, VerwR S.292 f.
4) Nur um der systematischen Vollständigkeit willen sei hier erwähnt, daß man theoretisch zwischen freien und gebundenen Ausnahmebewilligungen unterscheiden kann (vgl. dazu Friauf, JuS 1962, 425 f); praktisch spielt diese Unterscheidung allerdings so gut wie gar keine Rolle, da die gebundene Ausnahmebewilligung - wenn überhaupt - nur ganz außerordentlich selten vorkommt. Entsprechend ihrer regelmäßigen Gestaltungsform handelt es sich denn auch bei den hier behandelten Sondernutzungserlaubnissen um freie Ausnahmebewilligungen, da die neuen Straßen- und Wegegesetze - wie bereits erwähnt wurde -

sondern ihre Erteilung oder Versagung vielmehr im pflichtgemäßen Ermessen der Verwaltungsbehörden liegt. Da nun eine hiervon abweichende Regelung in das neue Wegerecht nicht aufgenommen worden ist, muß dieser Grundsatz mithin auch für die Sondernutzungserlaubnisse nach den hier behandelten Straßen- und Wegegesetzen gelten[1]. Somit zeigt sich also, daß der Gesetzgeber auch über die eingangs aufgeworfene Frage konkludent bereits dadurch mitentschieden hat, daß er die Sondernutzungen dem Prinzip des sogen. Verbots mit Erlaubnisvorbehalt unterstellte. Zugleich wird damit aber auch ersichtlich, daß die herrschende Ansicht den Vorzug vor der namentlich von Strickstrock angeführten Mindermeinung verdient, da sich die letztere ungeachtet der Frage, wieweit die auf den Entwurf des Wasserhaushaltsgesetzes zugeschnittenen Darlegungen Krügers überhaupt sichere Rückschlüsse auf die Rechtslage auch im Wegerecht gestatten[2], jedenfalls nicht mit den in den neuen Straßen- und Wegegesetzen enthaltenen dogmatischen Grundentscheidungen in Einklang bringen läßt.

II. Auf Grund dieser Feststellung erhebt sich allerdings sogleich die weitere Frage, welche Gründe damit in concreto zur Versagung einer Sondernutzungserlaubnis führen

Forts. zu Bl.152

keine ausdrücklichen Bestimmungen darüber enthalten, unter welchen Voraussetzungen eine Benutzungsbefugnis zu erteilen ist.

1) Ein Blick auf die Rechtslage im Wasserrecht zeigt, daß die h.M. dort ebenfalls nicht davon ausgeht, es bestehe ein Rechtsanspruch auf Erteilung einer Erlaubnis oder Bewilligung; vgl. dazu etwa Witzel, WHG § 6 Anm1; Wüsthoff, WHG § 6 Anm.1.

2) Hieran bestehen schon deshalb gewisse Zweifel, weil die von Strickstrock angezogenen, auch im Rahmen der vorliegenden Untersuchung bereits mehrfach zitierten Äußerungen Krügers eine Stellungnahme zu dem Entwurf des Wasserhaushaltsgesetzes enthalten und deshalb wohl weniger als eine Interpretation des Gesetzestextes, denn vielmehr als an die Adresse des Gesetzgebers gerichtete Reformvorschläge zu dem Gesetzentwurf gewertet werden müssen. Im übrigen ist es hier nicht ohne Interesse, daß auch Krüger a.a.O. S.59 bei seiner Analyse des Gesetzeswortlauts zu der Auffassung gelangt, das Wasserhaushaltsgesetz gewähre dem Benutzer keinen Rechtsanspruch auf Erteilung einer Erlaubnis oder Bewilligung.

dürfen. Obwohl es sich dabei um eine mehr dem allgemeinen Verwaltungsrecht als gerade dem Sondernutzungsrecht zugehörige Problemstellung handelt, soll auch sie um der vollständigen Durchführung des einmal begonnenen Gedankenganges willen hier noch kurz untersucht werden. Hierbei ergibt sich folgendes:

a) Da der moderne Wegegesetzgeber, anders als etwa der Wassergesetzgeber[1], in dieser Hinsicht ebenfalls keine ausdrückliche Regelung getroffen hat, bestehen keine Bedenken dagegen, zur Ergänzung des Gesetzesrechts auch insoweit auf die von der Rechtswissenschaft und -praxis diesbezüglich entwickelten, allgemeinen Regeln zurückzugreifen. Danach ist es anerkannten Rechts[2], daß eine Erlaubnis nur aus willkürfreien und deshalb sachgebotenen, nicht aber aus sachfremden Motiven versagt werden darf. Dabei ist die Frage, ob ein Ablehnungsgrund sachgeboten oder sachfremd ist, nach dem durch ihre Kompetenz bestimmten allgemeinen Ermessensbereich der Behörde zu beurteilen. Demgemäß wird es als ermessensfehlerhaft angesehen, wenn eine beantragte Erlaubnis nicht erteilt wird, obwohl ein Hinderungsgrund seitens eines gesetzlichen oder seitens eines anderen der Behörde kraft ihrer allgemeinen Kompetenz anvertrauten Schutzgutes weder im Zeitpunkt der Entscheidung noch in Zukunft vorliegen kann.

b) Auf die Verhältnisse des Wegerechts übertragen bedeutet dies, daß eine Sondernutzungserlaubnis in erster Linie aus solchen Gründen versagt werden kann, die durch die Belange des öffentlichen Verkehrs und des Schutzes der Straßen und Wege bedingt sind und damit allgemein aus straßenrechtlichen Gegebenheiten herrühren. Im Hinblick

1) Vgl. § 5 WHG.
2) Vgl. etwa Forsthoff, VerwR I § 13 S.245; Peters, Verwaltung S.159, Wolff, VerwR I § 48 II b S.268; Thoma VerwArch 32, 249; OVG Lüneburg Urt. v.25.9.1958 = VerwRspr Bd.8 Nr.6 S.23 ff. (insbes. S.28); WüVGH Urt.v. 28.11.1952 = DÖV 1953, 640 f; s. ferner Krüger, Grundfragen S.41 ff. und BVerwG, Urt. v.17.1.1958 = NJW 1958, 883 ff. (insbes. 883).

auf die Tatsache, daß der Erlaubnisnehmer nach den meisten der hier behandelten Straßen- und Wegegesetze ausdrücklich verpflichtet ist, mit der Sondernutzung verbundene Anlagen "nach den gesetzlichen Vorschriften und anerkannten Regeln der Technik zu errichten und zu unterhalten"[1], muß es aber auch als zulässig betrachtet werden, daß die Träger der Straßenbaulast (bzw. die Straßenbaubehörden) in dem dadurch gezogenen Rahmen auch noch andere öffentliche Interessen bei ihrer Entscheidung mitberücksichtigen[2]. Wie stets im Verwaltungsrecht haben dabei aber rein fiskalische Belange außer Betracht zu bleiben.

§ 18 Die Nebenbestimmungen zu Sondernutzungserlaubnissen

Für die Rechtspraxis ist es weiterhin von erheblicher Bedeutung, daß die Sondernutzungserlaubnisse mit Bedingungen und Auflagen versehen werden dürfen. Dies hat auch der Wegegesetzgeber anerkannt und dadurch unterstrichen, daß er eine entsprechende Regelung in die neuen Straßen- und Wegegesetze aufgenommen hat[3].

A) Eingliederung der einschlägigen Gesetzesbestimmungen in die Dogmatik des allgemeinen Verwaltungsrechts

Damit ist allerdings nur einem Grundsatz Ausdruck verliehen worden, der auch ohne seine gesetzliche

1) Vgl. Art.18 Abs.4 bay StrWG; § 18 Abs.4 S.1 nwStrG; § 21 Abs.3 S.1 schlswholst StrWG; § 18 Abs.3 nds StrG; § 41 Abs.4 rhldpf StrG; im BFStrG fehlt eine entsprechende Vorschrift gänzlich und § 16 Abs.4 hess StrG sowie § 18 Abs.1 bad-württ StrG verlangt nur die Beachtung der anerkannten Regeln der Technik.

2) H.M.; vgl. etwa Marschall, BFStrG § 8 Rndn.4 a S.302; Kodal, Straßenrecht S.576; Wolff, VerwR I § 59 II b 2 S.343; a.A. Sieder-Zeitler, StrWG Art.18 Rndn.18 S.157.

3) Vgl. § 8 Abs.3 S.1 BFStrG; Art.18 Abs.2 S.2 bay StrWG; § 18 Abs.2 S.2 nw StrG; § 21 Abs.1 S.3 schlswholst StrWG; § 16 Abs.2 S.2 hess StrG; § 18 Abs.1 S.3 nds StrG; § 41 Abs.2 S.2 rhldpf StrG; § 18 Abs.3 S.2 bad-württ StrG, der sogar ausdrücklich die Möglichkeit einer nachträglichen Festsetzung von Nebenbestimmungen vorsieht.

Formulierung gegolten hätte; denn daß für begünstigende Verwaltungsakte, auf deren Erlaß ein Rechtsanspruch nicht besteht, Nebenbestimmungen festgesetzt werden dürfen, das ist auch sonst im Verwaltungsrecht völlig unbestritten[1]. Somit zeigt sich also, daß sich im Prinzip auch dieser Teil des neuen Sondernutzungsrechts ohne weiteres in die Dogmatik des allgemeinen Verwaltungsrechts einfügt. Soweit die Straßen- und Wegegesetze keine abweichenden Bestimmungen enthalten, muß es daher zulässig sein, zu ihrer Ergänzung auch in dieser Hinsicht auf die diesbezüglichen allgemeinen Lehren zurückzugreifen und mit ihrer Hilfe etwa die Fragen nach dem Begriff der Bedingung und Auflage, nach ihrer gegenseitigen Unterscheidung und nach ihren einzelnen Rechtsmäßigkeitsvoraussetzungen zu beantworten. Diese Rechtslage aber ist hinlänglich bekannt und braucht deshalb entsprechend dem einleitend[2] Gesagten hier nicht noch einmal dargestellt zu werden.

B) Der Ermessensspielraum bei der Festsetzung von Nebenbestimmungen

Nur ein Problem verdient danach auch im gegenwärtigen Zusammenhang noch besondere Aufmerksamkeit, und zwar handelt es sich um die Frage, welcher Ermessensspielraum den Trägern der Straßenbaulast (bzw. den Straßenbaubehörden) bei der Festsetzung von Nebenbestimmungen zusteht, d.h. welche öffentlichen Zwecke sie vermittels der Bedingungen und Auflagen wahrnehmen dürfen.

I. Die Mehrheit der hier behandelten Straßen- und Wegegesetze weist zwar auch insoweit keine speziellen Vorschriften auf[3], eine Minderzahl enthält aber in dieser

1) S. etwa Fleiner, Institutionen § 13 S.188; Forsthoff, VerwR I § 11 S.198; Nebinger, VerwR § 12 D S.207; Peters, Verwaltung S.162; Wolff, VerwR I § 49 II b S.271; Jellinek, VerwR § 11 II 3 d S.261.
2) S. 150.
3) Es handelt sich hierbei um das BFStrG, das schlswholst StrWG, das hess StrG, das rhldpf StrG und das bad-württ StrG.

Hinsicht - wie an früherer Stelle schon gezeigt wurde - eine ausdrückliche Bestimmung dahin, daß Nebenbestimmungen nur dann festgesetzt werden dürfen, "wenn dies für die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs oder zum Schutze der Straße erforderlich ist"[1].

II. Nun liegt zwar in Anbetracht des eingangs Festgestellten zunächst die Annahme nahe, daß der Gesetzgeber auch hier lediglich einen allgemein geltenden Grundsatz formuliert hat und daß deshalb, ungeachtet der Verschiedenartigkeit des äußeren Bildes der gesetzlichen Regelungen, die Rechtslage dennoch nach allen hier in Rede stehenden Gesetzen gleich zu beurteilen ist. Allein, ein Blick in das einschlägige Schrifttum lehrt, daß hiervon keineswegs ohne weiteres ausgegangen werden kann. Zwar liegen zu dieser Frage - soweit ersichtlich ist - bislang erst zwei Stellungnahmen vor, beide gelangen aber zu verschiedenen Ergebnissen: während nämlich auf der einen Seite Sieder-Zeitler[2] für den Geltungsbereich des bayerischen Straßen- und Wegegesetzes, das eine ausdrückliche Umschreibung des zulässigen Inhalts von Bedingungen und Auflagen enthält, die sehr enge Auffassung vertreten, daß dadurch der Ermessensspielraum der Verwaltungsbehörden eindeutig begrenzt werde, verlangt auf der anderen Seite Marschall[3] für den Geltungsbereich des in dieser Hinsicht nichts aussagenden Bundesfernstraßengesetzes sehr viel weitergehend lediglich, daß die Nebenbestimmungen "in einem gewissen Zusammenhang mit der Erlaubniserteilung stehen (müssen) und .... keine Ermessensüberschreitung oder keinen Ermessensmißbrauch darstellen" dürfen.

III. Diese unterschiedliche Beurteilung der Rechtslage, die ja folgerichtig auch für die Interpretation der übrigen hier behandelten Straßen- und Wegegesetze gelten müßte, muß

1) Vgl. Art.18 Abs.2 S.2 bay StrWG; § 18 Abs.2 S.2 nw StrG und § 18 Abs.1 S.3 nds StrG.
2) StrWG Art.18 Rndn.22 S.158.
3) BFStrG § 8 Rndn 4 b S.305.

nun allerdings in Anbetracht der Tatsache, daß es sich dabei um ein Problem mit sehr allgemeinem Charakter handelt, befremden. Es erscheint daher nicht nur mit Rücksicht auf seine praktische Tragweite, sondern auch im Hinblick auf seine theoretische Bedeutung angezeigt, es auch hier noch einer eigenen Untersuchung zu unterziehen. Hierbei soll in der Weise verfahren werden, daß zunächst festgestellt wird, wie diese Frage nach allgemeinem Verwaltungsrecht zu entscheiden ist und indem sodann geprüft wird, ob und gegebenenfalls wie sich die gesetzlichen Spezialregelungen damit in Einklang bringen lassen.

a) Dabei zeigt sich sogleich, daß die erwähnten Meinungsverschiedenheiten offensichtlich in einer auch im Bereich des allgemeinen Verwaltungsrechts vorherrschenden Uneinigkeit über die Lösung dieses Problems begründet liegen.

1. Im wesentlichen stehen sich nämlich auch hier zwei Auffassungen gegenüber. Während die eine von ihnen lehrt, daß Nebenbestimmungen "nicht gesetzesfremden Zwecken dienen dürfen", da sie im Genehmigungsverfahren nur dazu bestimmt seien, einen gesetzlichen Versagungsgrund zu beseitigen[1], soll es nach der anderen durchaus zulässig sein, mit Bedingungen und Auflagen auch "solche öffentlichen Interessen wahr(zu)nehmen, die außerhalb des Sachbereiches desjenigen Gesetzes liegen, auf Grund dessen der Verwaltungsakt erlassen wird"[2]. Nun erscheint es zwar nicht ausgeschlossen, daß sich die Kluft zwischen diesen beiden Ansichten dann, wenn es um die Entscheidung praktischer Fälle geht, keineswegs als so tief und unüberbrückbar erweist, wie es die vorstehend wiedergegebenen Formulierungen vermuten lassen; freilich wird sich aber diese Frage in abstracto kaum mit Sicherheit ganz klären lassen.

1) So der BGH in einem Beschluß vom 7.12.1954 = BB 1955,9; ähnlich auch Forsthoff, VerwR I § 11 S.198.
2) So Wolff, VerwR I § 49 II b S.272; ähnlich auch Fleiner, Institutionen § 13 S.188 und Peters, Lehrbuch der Verwaltung S.162.

2. Sie kann allerdings zunächst auch ohne Schaden für die weitere Untersuchung dahingestellt bleiben; zutreffend erscheint nämlich jedenfalls eine differenzierende, von Krüger[1] neuerdings formulierte Auffassung.

aa) Danach muß bei den Nebenbestimmungen unterschieden werden zwischen solchen, die lediglich negativ Gesetzeswidrigkeiten entgegentreten, und solchen, mit denen positiv bestimmte öffentliche Zwecke gefördert werden sollen.

Bei Bedingungen und Auflagen der ersten Art handelt es sich letztlich um einen Anwendungsfall des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, da sie es ermöglichen, der Notwendigkeit der Versagung einer Genehmigung dadurch zu entgehen, daß mit ihrer Hilfe Sachverhalte beseitigt werden, die einer Erteilung der Erlaubnis von Gesetzes wegen an sich entgegen stehen; dieser Gesichtspunkt des Verbotes des Übermaßes aber gilt bezüglich aller Versagungsgründe, gleichviel, ob sich diese aus dem gerade anzuwendenden oder einem anderen Gesetz oder überhaupt aus einem anderen Kompetenzbereich ergeben. Deshalb sind die Nebenbestimmungen dieser Gattung grundsätzlich dazu geeignet und bestimmt, Gesetzwidrigkeiten jeglicher Art vorzubeugen und damit auch gesetzesfremde Zwecke wahrzunehmen[2].

Anders verhält es sich dagegen mit denjenigen Bedingungen und Auflagen, mit denen bestimmte öffentliche Zwekke positiv gefördert werden sollen. Zwar sind auch sie nicht vollständig unzulässig; jedoch muß für sie ohne Einschränkung der oben zitierte Satz gelten, daß sie nicht gesetzes-

1) Auflage DVBl 1955, 522 ff. und Grundfragen S.108 ff.; in beiden Untersuchungen beschäftigt sich Krüger zwar nur mit der Auflage; die von ihm entwickelten Grundsätze können jedoch unbedenklich auch auf die Bedingungen übertragen werden, da die Problematik insoweit bei beiden Rechtsinstituten gleich liegt; vgl. dazu auch § 28 des Musterentwurfs für ein Verwaltungsverfahrensgesetz.

2) Noch weitergehend heißt es in der Begründung zu Art.67 Abs.1 wüEVRO, daß Nebenbestimmungen, durch die die Allgemeinheit oder Einzelne vor nachteiligen Auswirkungen des Verwaltungsaktes geschützt werden sollen, als in der Zweckbestimmung des Verwaltungsaktes begründet erscheinen.

fremden Zwecken dienen dürfen. Das ergibt sich aus dem im Rechtsstaatprinzip verankerten[1] Institut der Zuständigkeit, das es, zwar nicht verwehrt, auch Gesichtspunkte anderer Ressorts in dem eben dargelegten Sinne negativ zu berücksichtigen, das es zugleich aber auch gebieterisch verlangt, daß sich eine Behörde fördernd nur mit ihren eigenen Angelegenheiten beschäftigt. Deshalb dürfen Nebenbestimmungen der letztgenannten Art der positiven Verfolgung nur solcher Zwekke dienstbar gemacht werden, die sich gerade aus dem jeweils angewendeten Gesetz oder - in Ermangelung eines solchen - mindestens aus dem allgemeinen Kompetenzbereich der entscheidenden Behörde ergeben.

bb) Diese Auffassung Krügers verdient uneingeschränkte Zustimmung. Sie hat den Vorzug, daß sie sich nicht nur theoretisch einwandfrei begründen läßt, sondern daß sie auch den praktischen Bedürfnissen und damit den in der Rechtspraxis angewendeten Regeln entspricht. Zur Veranschaulichung dessen sei nur darauf hingewiesen, daß etwa die Baubehörden einerseits den Antrag auf eine Baugenehmigung nicht nur unter baurechtlichen, sondern unter allen nur möglichen polizeilichen Gesichtspunkten prüfen[2] und der Erlaubniserteilung eventuell entgegen stehende gesetzliche Versagungsgründe (auch nicht baurechtlicher Art) - soweit dies möglich ist - durch entsprechende Bedingungen oder Auflagen beseitigen (dürfen), daß es ihnen aber andererseits nach allgemeiner Ansicht[3] verwehrt ist, mit Hilfe von Nebenbestimmungen fiskalische Zielsetzungen zu verfolgen, indem sie dem Staat auf diese Weise einen ihm nach dem Gesetz nicht zustehenden

1) S. Krüger, Auflage DVBl 1955, 522 und Grundfragen S.41 f.
2) H.M.; vgl. statt vieler OVG Münster, Urt.v.21.4.1953 in DVBl 1954, 820, wo es unter anderem heißt: "Die Gründe für die Versagung einer Baugenehmigung sind nicht auf solche spezieller baurechtlicher Art beschränkt. Die Aufgabe der Baupolizeibehörde umfaßt im Rahmen des Baugenehmigungsverfahrens auch den Schutz der allgemeinen öffentlichen Ordnung und Sicherheit, insbesondere der Verkehrsordnung".
3) Vgl. statt vieler Forsthoff, VerwR I § 11 S.198 f.und Wolff, VerwR I § 49 II b S.272.

finanziellen Vorteil zu verschaffen suchen[1]. Dies sind zwar nur zwei und zudem noch besonders bekannte und anschauliche Beispiele; sie mögen hier aber stellvertretend für viele ähnliche stehen. In Anbetracht dessen ist es denn auch nicht verwunderlich, daß diese von Krüger jüngst formulierte Lehre auch in die Gesetzgebung Eingang gefunden hat. Wie bereits angedeutet wurde, liegt sie nämlich im wesentlichen schon dem "Entwurf einer Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg" zugrunde[2]. Aber auch der moderne Gesetzgeber hat sie sich ganz offensichtlich zu eigen gemacht, wie gerade neuestens der Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes zeigt[3].

1) Es ist in diesem Zusammenhang nicht ohne Interesse, daß es auch dem BGH in dem vorerwähnten Urteil - trotz der sehr viel engeren Formulierungen - doch in erster Linie darum zu gehen schien, eine positive Förderung gesetzesfremder Zwecke durch die verklagte Behörde zu verhindern.

2) Dies läßt sich zwar dem Wortlaut des insoweit einschlägigen Art.67 Abs.1 nicht ohne weiteres entnehmen; es kommt aber deutlich in der Begründung zu dieser Vorschrift zum Ausdruck. Dort wird nämlich einmal ausgesprochen, daß Nebenbestimmungen, durch die die Allgemeinheit oder Einzelne vor nachteiligen Auswirkungen des Verwaltungsaktes geschützt werden sollen, als in der Zweckbestimmung des Verwaltungsaktes begründet "erscheinen". Und zum anderen wird in ihr darauf abgestellt, daß mit Nebenbestimmungen nicht Zwecke verfolgt werden, die auf anderem Wege mangels einer gesetzlichen Grundlage nicht erreicht werden können.

3) Zwar enthält der darüber handelnde § 28 Abs.3 EVwVerfG nur eine rein negative Formulierung, wenn er vorschreibt, daß eine Nebenbestimmung "der Zweckbestimmung des Verwaltungsaktes nicht zuwiderlaufen" darf. Daß sich der Gesetzgeber gleichwohl sehr viel präzisere Vorstellungen über dieses Problem gemacht hat, die sich offensichtlich mit der von Krüger formulierten Lehre decken, läßt sich der Begründung zu dieser Bestimmung recht deutlich entnehmen. Dort heißt es u.a.: "Der Ausschuß hat erwogen, ob nur solche Nebenbestimmungen zugelassen werden sollten, die in der Zweckbestimmung des Verwaltungsaktes begründet sind. Er hat jedoch davon abgesehen, diesen Gedanken positiv zu formulieren. Eine positive Formulierung würde mißverständlich sein, weil die Förderung der Zweckbestimmung nur einer von mehreren Gesichtspunkten ist, welche die Behörde zur Beifügung von Nebenbestimmungen veranlassen".

Aus alledem aber ergibt sich die Notwendigkeit, diese Theorie auch im Rahmen der vorliegenden Untersuchung als die im allgemeinen Verwaltungsrecht maßgebliche Auffassung über den zulässigen Inhalt von Nebenbestimmungen anzusehen.

b) Dem vorstehend Gesagten entsprechend bedeutet das zunächst, daß sie auch bei der Auslegung derjenigen Straßen- und Wegegesetze herangezogen werden muß, die eine nähere Umschreibung des den Trägern der Straßenbaulast (bzw. den Straßenbaubehörden) eingeräumten Ermessens bei der Festsetzung von Bedingungen und Auflagen nicht enthalten[1]. Auf die Verhältnisse des Wegerechts übertragen ergibt sich dabei, daß Nebenbestimmungen einmal zur Beseitigung all solcher Umstände eingesetzt werden dürfen, die nach dem in § 17 Ausgeführtem andernfalls zur Versagung der Sondernutzungserlaubnis führen müßten und daß sie im übrigen aber der positiven Verfolgung nur von speziell straßenrechtlichen Zielsetzungen dienstbar gemacht werden dürfen[2]. Insoweit wirft deshalb das neue Wegerecht keine besonderen Probleme auf.

c) Schwieriger zu beurteilen ist die Rechtslage jedoch für den Geltungsbereich derjenigen Straßen- und Wegegesetze, nach denen die Festsetzung von Bedingungen und Auflagen nur dann zulässig sein soll, "wenn dies für die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs oder zum Schutze der Straße erforderlich ist"[3]. Es ist unschwer zu erkennen, daß der Formulierung dieser Regelung nicht die soeben als richtig erkannte, sondern vielmehr die zuerst erwähnte, sehr viel engere, namentlich auch vom BGH vertretene Auffassung über den möglichen Inhalt von Nebenbestimmungen als Vorbild gedient hat. Bei ganz wörtlicher Auslegung dürften deshalb nach diesen Gesetzen Bedingungen und Auflagen lediglich dazu benutzt werden, solche Umstände zu beseitigen, die zu

1) Wie oben bereits erwähnt wurde, handelt es sich dabei um das BFStrG, das schlswholst StrWG, das hess StrG, das rhldpf StrG und das bad-württ StrG.
2) In diesem Sinne wird wohl auch die eben erwähnte Stellungnahme von Marschall verstanden werden müssen.
3) Wie ebenfalls bereits ausgeführt wurde, sind dies das bay StrWG, das nw StrG und das nds StrG.

einer Beeinträchtigung der beiden in den Gesetzen ausdrücklich genannten Schutzgüter und somit an sich auch zu einer Versagung der Sondernutzungserlaubnis führen können[1]; hingegen müßte es danach als unzulässig angesehen werden, im Rahmen der Nebenbestimmungen auch andere gesetzliche Versagungsgründe zu berücksichtigen oder gar die speziellen Zielsetzungen der neuen Straßen- und Wegegesetze positiv zu fördern. Es kann jedoch kaum angenommen werden, daß dies vom Gesetzgeber wirklich beabsichtigt gewesen ist: Das ist einmal schon deshalb unwahrscheinlich, weil die Träger der Straßenbaulast (bzw. die Straßenbaubehörden) dann von Gesetzes wegen gehalten wären, gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu verstoßen, indem sie nämlich eine Sondernutzungserlaubnis aus Gründen versagen müßten, denen sie ebensogut auch durch eine Bedingung oder eine Auflage abhelfen könnten; und es muß zum anderen auch deswegen angezweifelt werden, weil eine solche Auffassung - wie die vorstehenden Ausführungen ergeben haben - auch im übrigen viel zu eng wäre. In Anbetracht dessen erscheint es daher erforderlich und zulässig[2], die betreffenden Gesetzesbestimmungen nicht so sehr nach dem "Buchstaben", als vielmehr nach ihrem "Sinn und Zweck" zu interpretieren und sie dabei vor allen Dingen auch in Zusammenhang mit der übrigen Rechtsordnung zu sehen. Bei Anwendung dieser Auslegungsregeln aber müssen sie ebenso verstanden werden wie die entsprechenden Vorschriften in den anderen Straßen- und Wegegesetzen, da sie nur bei einer solchen Betrachtungsweise zu sinnvollen Ergebnissen führen. Dementsprechend muß es auch nach diesen Gesetzen als zulässig angesehen werden, im Rahmen der Nebenbestimmungen einerseits allen gesetzlichen Versagungsgründen entgegenzutreten und andererseits speziell straßenrechtliche Zielsetzungen positiv zu fördern. Damit aber fügt sich dann auch diese

1) In diesem Sinne wollen Sieder-Zeitler, StrWG Art.18 Rndn. 22 S.158 die Vorschrift des Art.18 Abs.2 S.2 bay StrWG offensichtlich aufgefaßt wissen.

2) Vgl. etwa Engisch, Einführung S.77; Enneccerus-Nipperdey, Allgem. Teil Bd.1 § 51 II 4a S.317; Larenz, Methodenlehre S.239.

Regelung in die Systematik des öffentlichen Sachenrechts[1] wie auch des Verwaltungsrechts überhaupt ein.

§ 19' Die vom Benutzer für die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis zu entrichtenden Gegenleistungen

Abschließend soll sich die Untersuchung noch der Frage zuwenden, was für Gegenleistungen der Erlaubnisnehmer zu entrichten hat, wenn er eine Sondernutzungserlaubnis bekommt.

A) Der Streitstand

Beim ersten Hinsehen scheint für eine solche Erörterung zwar kein besonderer Anlaß vorzuliegen, da die neuen Straßen- und Wegegesetze insoweit eine ausdrückliche Regelung dahin enthalten, daß für die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis Sondernutzungsgebühren erhoben werden dürfen, bei deren "Bemessung ... auch der wirtschaftliche Vorteil der Sondernutzung berücksichtigt werden" kann[2]. Ein Blick in das einschlägige Schrifttum zeigt jedoch, daß die Rechtslage in dieser Hinsicht keineswegs so einheitlich beurteilt wird, wie es nach der Fassung der Gesetze zu vermuten steht. Abgesehen davon, daß schon der Rechtscharakter dieses vom Gesetz als "Gebühr" bezeichneten Entgeltes streitig ist[3], gehen nämlich die Ansichten vor allen Dingen auch

1) Für den Bereich des Wasserrechts ist diese Frage in § 4 WHG im wesentlichen ebenso geregelt; s. dazu insbesondere Krüger, Grundfragen S.110 f, und die Erläuterungen zu dieser Vorschrift bei Witzel, WHG und Wüsthoff, WHG.

2) Vgl. dazu die oben S.33 Anm.5 angegebenen Nachweise. S. dort auch die teilweise abweichenden Formulierungen im bad-württ StrG, im nw StrG und im rhldpf StrG.

3) Während Sieder-Zeitler (StrWG Art.18 Rndn.24 S.159) und Wolff (VerwR I § 59 II d S.344) die Sondernutzungsgebühren auch im rechtlichen Sinne als Gebühren ansehen, vertritt Marschall (BFStrG § 8 Rndn.4 a S.305) die Auffassung, daß es sich bei den Gebühren trotz des eindeutigen Gesetzeswortlauts in der Sache um ein den Konzessionsabgaben nahe stehendes öffentlich-rechtliches Entgelt handele. Unklar ist die Stellungnahme von Zimniok (StrWG Art.18 Anm. 10 S.85 f). Und schließlich hat de Weldige-Cremer (Benutzung S.83) noch weitergehend offensichtlich sogar Zweifel daran, ob es sich bei den Gebühren überhaupt um eine öffentlich-rechtliche Abgabe handelt.

darüber auseinander, ob der Benutzer neben dieser öffentlich-rechtlichen Abgabe zugleich auch noch ein privatrechtliches Entgelt zu entrichten hat[1]. Und endlich besteht offensichtlich auch keine Einmütigkeit darüber, ob der Erlaubnisnehmer auch noch eine Verwaltungsgebühr bezahlen muß[2]. Diese Meinungsverschiedenheiten aber verdienen nicht nur deshalb Beachtung, weil sie bis zu einem gewissen Grade Ausdruck einer allgemeinen Unsicherheit in der Beurteilung der theoretischen Gesamtkonzeption des modernen Wegegesetzgebers sind, sondern weil sie im Hinblick auf ihre praktische Tragweite für die an einem Sondernutzungsrechtsverhältnis Beteiligten zugleich auch überaus bedenklich sind.

B) Eigene Stellungnahme

In Anbetracht dessen erscheint es daher erforderlich, die eingangs aufgeworfenen Fragen hier auch noch einer eigenen Untersuchung zu unterziehen. Dabei soll zunächst geprüft werden, ob der Sondernutzungsberechtigte nach den hier behandelten Straßen- und Wegegesetzen noch verpflichtet ist, ein privatrechtliches Nutzungsentgelt zu zahlen. Sodann soll die gesetzliche Regelung der Sondernutzungsgebühren selbst des Näheren betrachtet werden. Und abschließend wird dann noch erörtert werden, ob die Träger der Straßenbaulast (bzw. die Straßenbaubehörden) für die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis auch noch eine Verwaltungsgebühr erheben dürfen.

1) Diese Ansicht wird von Wolff (VerwR I § 59 III a 6 S.346) ausdrücklich vertreten. Zu dem gleichen Ergebnis führen im übrigen folgerichtig auch die im 2. Teil dieser Untersuchung wiedergegebenen Auffassungen von Salzwedel und Zippelius. Die übrigen hier behandelten Autoren erwähnen dagegen nicht, daß der insoweit allein in Betracht kommende Eigentümer des Straßengrundes auch unter der Geltung der neuen Straßen- und Wegegesetze noch die Möglichkeit haben soll, von dem Benutzer ein privatrechtliches Entgelt zu verlangen.

2) Während Kodal (Straßenrecht S.576 ff.), Sieder-Zeitler (StrWG Art.18 Rndn 25 S.159) und Wolff (VerwR I § 59 II d 1 S.344) ausdrücklich feststellen, daß für die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis auch Verwaltungsgebühren erhoben werden können, findet sich bei den anderen Schriftstellern ein entsprechender Hinweis nicht.

AA) Das privatrechtliche Nutzungsentgelt

Ohne Schwierigkeiten läßt sich vom Boden der hier entwickelten Auffassung aus zunächst die Frage beantworten, ob der Benutzer zur Zahlung eines privatrechtlichen Nutzungsentgelts verpflichtet ist. Das zeigen folgende Überlegungen:

Da die neuen Straßen- und Wegegesetze eine diesbezügliche Regelung nicht enthalten, könnte sich eine solche Verpflichtung allenfalls aus einem zwischen dem Benutzer und dem Eigentümer des Straßengrundes (der in der Regel ebenfalls mit dem Träger der Straßenbaulast identisch ist) abzuschließenden privatrechtlichen Vertrag ergeben. Wie oben[1] nachzuweisen versucht wurde, soll den Beteiligten nach dem neuen Gesetzesrecht der Abschluß einer solchen neben der öffentlich-rechtlichen Sondernutzungserlaubnis herlaufenden privatrechtlichen Vereinbarung jedoch gerade verwehrt sein. Damit aber entfällt nach dem Willen des Gesetzgebers für den Straßeneigentümer nicht nur die Möglichkeit, auf das Ob und das Wie der Sondernutzung Einfluß zu nehmen, sondern daneben zugleich auch die einzig in Betracht kommende Rechtsgrundlage, auf Grund deren er von dem Benutzer die Zahlung eines privatrechtlichen Nutzungsentgeltes verlangen könnte. Aus diesem Grunde kann deshalb unter der Geltung der neuen Straßen- und Wegegesetze, im Gegensatz zum früheren Gewohnheitsrecht, eine hierauf gerichtete Rechtspflicht des Benutzers nicht anerkannt werden[2].

1) S. 49 f u. 131 f.

2) Auch insoweit weist die Rechtslage im Wasserrecht wiederum eine Parallele auf, da nach den neuen Wassergesetzen der Eigentümer eines natürlichen Gewässers dessen Benutzung als solche in der Regel ebenfalls unentgeltlich zu dulden hat, soweit eine Erlaubnis oder Bewilligung erteilt ist; vgl. § 13 berlWG, § 11 bad-württ WG, § 14 hess WG, § 5 nds WG, § 12 nw WG, § 12 rhdlpf WG, § 10 saarl WG, § 9 schlswholst WG; s. aber auch § 8 hamb WG, wo von einer u n e n t g e l t l i c h e n Duldungspflicht nicht die Rede ist.

BB) Die Sondernutzungsgebühren

I. Im Gegensatz dazu hat der moderne Wegegesetzgeber bei der Regelung der Sondernutzungsgebühren nicht mit der bisherigen Rechtstradition gebrochen. Denn wenn die neuen Straßen- und Wegegesetze vorsehen, daß für die Erteilung einer Erlaubnis zu einer den Gemeingebrauch beeinträchtigenden Benutzung der Straßen Sondernutzungsgebühren erhoben werden dürfen, so entspricht dies im Prinzip durchaus auch den überkommenen Rechtsanschauungen. Aus diesem Grunde erscheinen deshalb insoweit auch nähere Erläuterungen nicht erforderlich.

II.a) Indessen hat auch dieser Teil der gesetzlichen Regelung des Sondernutzungsrechts im Schrifttum Meinungsverschiedenheiten hervorgerufen, und zwar über die Frage, welcher Rechtscharakter den Sondernutzungsgebühren zukommt. Ausgangspunkt für diesen Streit ist jene eingangs[1] bereits erwähnte Bestimmung über die Bemessung der Sondernutzungsgebühren, nach der sich diese Abgaben nicht unbedingt nach den Verwaltungs- und Unterhaltungskosten der Straße und damit nach dem Kostendeckungsprinzip berechnen müssen, sondern die es im Gegenteil zuläßt, insoweit auch den "wirtschaftlichen Vorteil der Sondernutzung" zu berücksichtigen. Wohl im Hinblick auf die Tatsache, daß der Gesetzgeber hierdurch offensichtlich einen Ausgleich dafür schaffen wollte, daß die Träger der Straßenbaulast nunmehr in ihrer gleichzeitigen Eigenschaft als Eigentümer des Straßengrundes kein privatrechtliches Nutzungsentgelt mehr von dem Benutzer verlangen dürfen, nimmt Marschall[2] nämlich an, daß es sich bei den Sondernutzungsgebühren nicht um Gebühren i.S. der Gebührenordnungen, sondern um ein von Fall zu Fall nach pflichtgemäßem Ermessen der Behörde festzusetzendes öffentlich-rechtliches Entgelt handele, das früher häufig als Anerkennungsgebühr bezeichnet worden sei und in Wahrheit den Charakter einer Konzessionsabgabe habe. Demgegenüber vertritt die

1) S. oben S.164.
2) BFStrG § 8 Rndn.4 b S.307 f.

h.M.[1] unter Berufung auf den Gesetzeswortlaut den Standpunkt, daß die Sondernutzungsentgelte auch Gebühren im juristisch-technischen Sinne seien.

Diese Streitfrage ist nun aber keineswegs nur von theoretischer Bedeutung. Vielmehr kommt ihr daneben auch ein gleichermaßen großes praktisches Gewicht zu, insofern von ihrer Entscheidung in dem einen oder anderen Sinne nämlich sowohl die Rechtsgrundlage, auf Grund deren das Nutzungsentgelt verlangt werden darf[2], wie u.U. auch die Höhe des danach zu zahlenden Nutzungsentgelts[3] abhängt. Es bedarf deshalb auch

1) Vgl. Fritsch-Golz, StrG § 18 Anm.4; Kodal, Straßenrecht S. 576 f; Sieder-Zeitler, StrWG Art.18 Rndn.24 S.159; Wolff, VerwR I § 59 II d 1 S.360 und § 59 III a 6 S.361; Zimniok, StrWG Art.18 Anm.10 S.88.

2) Gebühren dürfen nach allgemeiner Ansicht nur auf Grund von Gebührenordnungen oder gemeindlichen (Gebühren-)Satzungen erhoben werden, in denen vom Erhebungsberechtigten im voraus einseitig bestimmte Erhebungsmaßstäbe festgelegt sind; vgl. beispielsweise v.Rosen-v.Hoewel, Gebühren, Beiträge, Hand- und Spanndienste, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd.III 1959 §§ 48 - 50 S.460 und Wolff, VerwR I § 42 II a 2 S.225. Zur Festsetzung von Konzessionsabgaben bedürfte es dagegen solcher (spezieller) Rechtsgrundlagen nicht; hierfür würden schon die in den Straßen- und Wegegesetzen selbst enthaltenen Vorschriften über die Erhebung von "Sondernutzungsgebühren" ausreichen. Unter Zugrundelegung der im Text wiedergegebenen Auffassung von Marschall hat deshalb auch der Bundesminister für Verkehr den Ländern empfohlen, für den Bereich der Auftragsverwaltung der Bundesfernstraßen diese Materie (lediglich) durch Verwaltungsvorschriften zu regeln; vgl. dazu Wicher, Die Gebühren für Anliegernutzungen in Nordrhein-Westfalen, Zeitschrift für Miet- und Raumrecht 1964, 1 ff. (2).

3) Im Hinblick auf die Konzessionsabgaben wird im Schrifttum verschiedentlich die Auffassung vertreten, daß sie das Maß eines angemessenen Entgelts übersteigen dürften, da sie "Binnenzölle" oder auch "verdeckte Subventionen" seien; vgl. etwa Eiser-Riederer, Energiewirtschaftsrecht S.III 235 Anm.1 und Mehlem, Verträge zwischen Energieversorgungsunternehmen und kreisangehörigen Gemeinden, DVBl. 1958, 157 ff. (159). Demgegenüber ist bezüglich der Gebühren, und zwar auch bezüglich der Benutzungsgebühren, die Geltung mindestens des Aequivalenzprinzips anerkannt, nach dem zwischen den beiderseitigen Leistungen ein angemessenes Gegenseitigkeitsverhältnis bestehen muß. Streitig ist insoweit nur, ob die Höhe der Gebühren durch das Kostendeckungsprinzip begrenzt sein soll; vgl. dazu unten S. 171.

hier einer kritischen Auseinandersetzung mit beiden Auffassungen.

b) Diese führt zu dem Ergebnis, daß der herrschenden Lehre der Vorzug vor der Ansicht Marschalls gebührt, da der Begriff der Konzessionsabgaben zu eng ist, als daß er im gegenwärtigen Zusammenhang nutzbringend verwendet werden könnte. Die heute ganz h.M.[1] versteht seit der Ausführungsanordnung zur Konzessionsabgabenordnung v. 27.2.1943[2] unter Konzessionsabgaben nur die von einem Unternehmen der Energie- oder Wasserversorgung für die Überlassung der Wegebenutzung oder des Ausschließlichkeitsrechts (i.S. des Verzichtes auf anderweitige Versorgung) zu entrichtenden Entgelte (§ 1 Abs. 1 a.a.O.). Es mag zwar sein, daß diese Definition die juristische Konstruktion im Bereich des Rechts der öffentlichen Leistungen wenig weiter führt[3]. Dennoch erscheint es angezeigt, mit der h.M. (wenigstens solange) an ihr festzuhalten, wie Rechtslehre[4] und Rechtsprechung[5] die Konzessionsabgabenordnung v. 4.3.1941[6] nebst den zu ihr ergangenen Ausführungs- und Durchführungsbestimmungen[7] als rechtsgültig betrachten und die dort vorgesehenen Rechtsfolgen[8] deshalb

1) Vgl. statt vieler Stern, Konzessionsvertrag S.302 mit zahlreichen weiteren Nachweisen und BGH, Urt.v. 22.10.1954, NJW 1954, 104 ff.; a.A. Wolff, VerwR I § 42 II a 2 S.227, der von einem von der h.L. abweichenden, weiteren Begriff der Konzessionsabgaben ausgeht.
2) RAnz. Nr.75.
3) Dies mag auch der Grund dafür gewesen sein, daß Wolff diesen Begriff anders definiert.
4) Vgl. statt vieler Stern, Konzessionsvertrag S.302 Anm. 1 mit zahlreichen weiteren Nachweisen.
5) Vgl. BGH a.a.O.
6) RAnz. Nr.57.
7) Außer der eben erwähnten Ausführungsanordnung zur Konzessionsabgabenordnung kommen insoweit noch die zu ihr am gleichen Tage ergangenen Durchführungsbestimmungen (RAnz, Nr.75) in Betracht.
8) nämlich, daß nach Verkündung der Konzessionsabgabenordnung Konzessionsabgaben nicht neu eingeführt oder erhöht werden und vom 1.4.1941 ab trotz bestehender Verträge an Gemeinden mit 3000 und weniger Einwohnern nicht weiter gewährt werden durften und dürfen.

an diese Begriffsbestimmung anknüpfen. Da hiernach aber nur solche Nutzungsentgelte als Konzessionsabgaben betrachtet werden können, die von einem Unternehmen der Energie- oder Wasserversorgung entrichtet werden müssen, der Kreis der möglichen Sondernutzungsberechtigten und damit auch Abgabeverpflichteten demgegenüber nach dem Willen des Gesetzgebers - wie keiner näheren Begründung bedarf - jedoch sehr viel weiter ist, ist schon aus diesem Grunde die Annahme verwehrt, daß es sich bei den Sondernutzungsgebühren in Wahrheit um Konzessionsabgaben handeln könnte[1].

Darüberhinaus spricht aber für die Annahme, daß diese Abgaben auch tatsächlich als Gebühren im juristisch-technischen Sinne anzusehen sind, außer der gesetzlichen Terminologie selbst auch noch ein weiteres beinahe noch wichtigeres Argument, nämlich die Tatsache, daß in mehrere Landesstraßengesetze ausdrücklich Ermächtigungen bzw. z.T. auch Anweisungen an die erhebungsberechtigten Rechtsträger zum Erlaß von Gebührenordnungen oder gemeindlichen Satzungen aufgenommen worden sind[2]. Mochte die Wahl der gesetzlichen Bezeichnung "Sondernutzungsgebühren" noch als terminologischer Mißgriff und als demzufolge nicht bindend angesehen werden, so hat der moderne Wegegesetzgeber durch die Bezugnahme auf die Gebührenordnungen doch den gebührenrechtlichen Charakter der Sondernutzungsentgelte unzweideutig anerkannt und zum Ausdruck gebracht[3]. An diese ihre Qualifizierung durch den Gesetzgeber sind deshalb auch Wissenschaft und Rechtsprechung gebunden.

1) Am Rande sei nur vermerkt, daß auch der von Marschall in diesem Zusammenhang beiläufig verwendete Begriff der Anerkennungsgebühren hier kaum paßt, da diese zumeist als privatrechtliche Entgelte aufgefaßt wurden; vgl. dazu Nebinger, VerwR § 16 A S.269 Anm.25; im Ergebnis ebenso Zimniok, StrWG Art.18 Anm.10 S.88. Im übrigen besteht bis dato auch über diesen Begriff so wenig Klarheit, daß seine Einführung in die Diskussion mindestens dann nicht sehr sinnvoll erscheint, wenn er nicht zugleich auch definiert wird.
2) Vgl. § 18 Abs.3 hess StrG; § 19 Abs.3 nw StrG; § 19 Abs. 3 nds StrG; § 47 Abs.2 rhldpf StrG.
3) ebenso Wicher a.a.O.

Dies könnte lediglich unter der Voraussetzung nicht gelten, daß das durch die eben bereits mehrfach erwähnte Bestimmung hier außer Kraft gesetzte Kostendeckungsprinzip in dem Sinne ein Wesensmerkmal des Gebührenbegriffs wäre, daß daran auch der Gesetzgeber gebunden wäre. Das kann jedoch nicht angenommen werden. Zwar wird im Schrifttum teilweise in der Tat die Auffassung vertreten, daß aus dem Wesen der Gebühr zwangsläufig die Geltung des Kostendeckungsprinzips abgeleitet werden müsse, wiewohl diese Lehre seitdem insoweit grundlegenden Urteil des Bundesverwaltungsgerichts v. 24.3.1961[1] ständig an Anhängern verliert und in jüngster Zeit mehr und mehr nur noch im Hinblick auf die Verwaltungsgebühren[2], dagegen im Hinblick auf die Benutzungsgebühren nur noch gelegentlich[3] aufrechterhalten wird. Doch kann und braucht im Rahmen der vorliegenden Untersuchung zu diesem Meinungsstreit nicht Stellung genommen zu werden. Denn jedenfalls muß dem Gesetzgeber - mindestens soweit, wie er sich nicht durch (hier nicht ersichtliche) unsachliche Erwägungen leiten läßt - die Freiheit zuerkannt werden, darüber zu bestimmen, ob er das Kostendeckungsprinzip bei der Bemessung von (Benutzungs-)Gebühren angewendet wissen will oder nicht[4], da irgendwelche übergeordnete, insbesondere auch verfassungsrechtliche Prinzipien, die dem Gesetzgeber insoweit eine Bindung auferlegen, nicht vorhanden sind[5]. Damit aber konnte er die Geltung dieses Prinzips auch hier bezüglich der Sondernutzungsgebühren aufheben, so daß demzufolge auch unter diesem Gesichtspunkt keine durchgreifenden Bedenken gegen die rechtliche Kennzeichnung der Sondernutzungsentgelte als Gebühren geltend gemacht werden können.

1) NJW 1961, 2128 ff.
2) Vgl. etwa Ehle, Die verfassungsrechtliche Bedeutung des Kostendeckungsprinzips im Gebührenrecht, DöV 1962, 45-48 und v.Rosen-v.Hoewel a.a.O. S.456 und 458.
3) so etwa Wolff, VerwR I § 42 II a 2 S.226.
4) so auch Bundesverwaltungsgericht, Urt. v.8.12.1961, BVerwGE 13, 214 ff. (220f).
5) Dem stehen auch die Darlegungen Ehle's a.a.O. nicht entgegen, da sie sich nur auf die hier nicht in Rede stehenden Verwaltungsgebühren beziehen.

c) Entsprechend dem oben[1] Ausgeführten ist diese Feststellung vornehmlich in zweifacher Hinsicht bedeutsam:

1. Einmal ergibt sich aus ihr, daß die in den geltenden Straßen- und Wegegesetzen enthaltenen Vorschriften über die Sondernutzungsgebühren als (alleinige) Rechtsgrundlage für die Erhebung derartiger Abgaben nicht ausreichen; vielmehr dürfen diese danach nur auf Grund etwa schon vorhandener oder noch zu erlassender Gebührenordnungen oder gemeindlicher Satzungen festgesetzt werden, die jederzeit zweifelsfrei erkennen lassen müssen, daß und welche Gebühren im Falle der Verwirklichung eines gebührenpflichtigen Tatbestandes geschuldet werden.

2. Und zum anderen folgt daraus, daß die erhebungsberechtigten Gebührengläubiger bei der Bestimmung der objektivrechtlichen Gebührentarife auf jeden Fall an das Aequivalenzprinzip gebunden sind; denn daß dieses Prinzip - zumal noch dann, wenn das Kostendeckungsprinzip insoweit abgelehnt wird - für den Bereich des Gebührenrechts allgemeine Geltung besitzt, darüber besteht Einigkeit[2)3)]. Demgemäß ist die Frage, in welchem Umfang der "wirtschaftliche Vorteil der Sondernutzung" bei der Bemessung der Gebühren berücksichtigt werden darf, dahin zu beantworten, daß diese so zu berechnen sind, daß ihre Höhe dem Interesse des Benutzers an der Sondernutzung entspricht[4)]. Das heißt weder, daß die

1) S.168 f.

2) Vgl. beispielsweise Obermayer, Kommunalrecht, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, herausgegeben von Mang, Maunz, Mayer, Obermayer, 2.Aufl. 1964, S.317.

3) Das Aequivalenzprinzip muß deshalb auch für das nw StrG als verbindlich angesehen werden. Da der nordrhein-westfälische Landesgesetzgeber durch die Gebührenvorschriften aber auf keinen Fall eine neue Steuerquelle erschließen wollte (vgl. dazu Fritsch-Golz, StrG § 18 Anm.4), wird es in Nordrhein-Westfalen hinsichtlich der Höhe der Gebührensätze nach oben wohl als durch das Kostendeckungsprinzip begrenzt angesehen werden müssen. Ob dies auch für den Geltungsbereich des bad-württ StrG'es angenommen werden kann, erscheint allerdings zweifelhaft; vgl. in diesem Zusammenhang Kodal, Straßenrecht S.577.

4) Vgl. Wolff, VerwR I § 42 II a 2 S.218.

Summe der für die Erlaubniserteilungen erhobenen Gebühren höher, noch daß sie niedriger sein muß als die mit der Straßenverwaltung und -unterhaltung zusammenhängenden Aufwendungen des Trägers der Straßenbaulast, sondern es bedeutet nur, daß sie dem Wert angemessen sein muß, den die jeweilige Sondernutzung für den Benutzer hat.

CC) Die Verwaltungsgebühren

Keine besonderen Probleme wirft schließlich die Frage auf, ob der Benutzer für die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis auch eine Verwaltungsgebühr bezahlen muß. Zwar enthalten die neuen Straßen- und Wegegesetze ebenso wie bezüglich des privatrechtlichen Nutzungsentgeltes auch in dieser Hinsicht keine Regelung. Doch kann daraus hier nicht geschlossen werden, daß die Erhebung einer derartigen Gebühr unzulässig sein soll. Das ergibt sich daraus, daß es sich hierbei gar nicht um eine spezifisch wegerechtliche Frage handelt und deshalb für den Wegegesetzgeber auch gar kein Anlaß bestand, eine diesbezügliche Vorschrift in die hier erörterten Gesetze aufzunehmen. Vielmehr findet die Erhebung von Verwaltungsgebühren ganz allgemein ihre Rechtsgrundlage in den einschlägigen Kosten- und Gebührenordnungen des Bundes und der Länder. Soweit danach für Erlaubniserteilungen Verwaltungsgebühren festgesetzt werden dürfen, muß es deshalb auch den Trägern der Straßenbaulast (bzw. den Straßenbaubehörden) gestattet sein, für die Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen Verwaltungsgebühren zu erheben.

L e b e n s l a u f

Am 6. August 1936 wurde ich als Sohn des im zweiten Weltkrieg gefallenen Lungenfacharztes Dr. med. Hubert Volkmar und seiner Ehefrau Renate, geb. Kuske, in Bad Warmbrunn/Schlesien geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

Nachdem ich am 5. März 1957 das Abitur an dem neusprachlichen und mathematisch-naturwissenschaftlichen Gymnasium "Graf Friedrich-Schule" in Diepholz/Hann. bestanden hatte, begann ich im Sommersemester 1957 an der Westfälischen Wilhelms - Universität in Münster/Westf. das Studium der Rechtswissenschaft. Im Sommersemester 1958 ging ich an die Universität Lausanne. Im Wintersemester 1958/59 kehrte ich nach Münster zurück und wechselte von da an die Universität nicht mehr.

Am 23. März 1962 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm das erste juristische Staatsexamen.